

Hukukî İslâmiyye
ve Istılahatı Fıkhiyye,
KAMUSU

ÖMER NASUHİ BİLMEN

ÖMER NASUHI BİLMEN

“Hukukî İslâmiyye
ve Istılahatı Fıkhiyye,,
KAMUSU

YEDİNCİ CİLT

BİLMEN



YAYINEVİ

P. K. 30 Fatih - İstanbul Tel. : 21 78 82



«Hukuku İslâmiyye ve İstılâhâtı fıkhiyye unvanlı eserin işbu yedinci cildi; muamelâtı hukukiyyeye ait beş kitaptan müteşekkildir. Bu kitaplar bu eserin yirmi birinci, yirmi ikinci, yirmi üçüncü, yirmi dördüncü ve yirmi beşinci kitaplarını teşkil etmektedir. Şöyle ki:

(20) nci kitap, vekâletlere dairdir.

(21) ncikitap, rehine müteallik olup bir mukaddime ile iki bölümü muhtevidir.

(22) nci kitap, şirketler hakkında olup, bir mukaddime ile dört bölüme münkasimdir.

(23) üncü kitap, mefkudlara, lakitlere, lukatalara aid olup bir mukaddime ile üç bölüme ayrılmıştır.

(24) üncü kitap, hacr ve ikraha aid olup bir mukaddime ile iki bölümden müteşekkildir.

(25) inci kitap, gasb ile itlâf hükümlerine dair olup bir mukaddime ile iki bölümü muhtevidir.

Bu yedinci cildi teşkil eden kitaplardan yirmi üçüncü kitab müstesna diğer kitaplarda münderiç mes'eleler mecellei ahkâmı adliyenin bu husustaki maddelelerini kısmen, aynen veya kısmen mealen cami olduğu gibi daha birçok lâzımlı ahkâm ve izahatı da havi bulunmuştur.

Bu kitaplarda bir kısım mesailin hikmet-i teşriiyyesine işaret edilmiş bir takım hukukî mes'eleler hakkındaki muhterem müçtehitlerimizin yüksek içtihadları, nikatı nazarları en yüksek nazariyyatı hukukiyyeden olmak üzere kaydedilmiştir. Hak Tealâ Hazretlerinden muvaffakiyetler niyaz eyleriz.

YIRMI BİRİNCİ KİTAP

REHİN HAKKINDA OLUP BİR MUKADDİME İLE İKİ BÖLÜME AYRILMIŞTIR

(MUKADDİME)

REHNE AİT İSTİLAHLAR:

1 — (Rehin): Lugatte sâbit dâim, pâyidar demektir. Herhangi bir sebepten dolayı bir şeyi mahbûs, mevkuf kılmak mânâsıdır. İstilâhı fukahada «Bir malı ondan tamamen veya kısmen istifası mümkün olan bir hakk-ı malî mukabilinde o hak sahibinin veya başkasının elinde birrıza mahpus ve mevkuf kılmaktır.» Böyle hapis edilen mala «Merhun» denildiği gibi «Rehin» de denilir. Cem'i Ruhun, rihandır.

2 — (Rehin = Rehine): Bir şeyi rehin etmek mânâsıdır, merhun mânâsında müstemeldir. Cem'i rehayindir. Rehin bırakmaya «İrhan» da denir.

3 — (Râhin): Rehin veren hâkikaten veya hükmen medyun olup rehin veren kimsedir.

4 — (Mürtehin): Hak sahibi sıfatiyle rehin alan kimsedir. Bir şey mukabilinde rehin olarak alıkonulan şeye de «Mürtehen» denir.

5 — (İrtthan): Bir hakkın istifasını temin için rehin almaktır.

6 — (Rehn-i sahih): Sıhhat şartlarını cami olan diğer tâbirile aslen ve vasfen sahih olan akd-i rehindir.

7 — (Rehn-i fâsid): Aslen sahih olup vasfen sahih olmayan, yani: haddi zatında mün'akid olup ancak bazı haricî vasıfları itibariyle gayrı meşrû bulunan rehindir. Muşai veya meşgûlü rehin vermek gibi.

8 — (Rehn-i bâtil): Aslen sahih olmayan rehindir. Mal olmayan bir şeyi rehin vermek ve binefsi mazmun olmayan birşey mukabilinde rehin almak gibi.

9 — (Terhin): Bir malı bir hak mukabilinde rehin vermek, mahpus bulundurmaktır.

10 — (Fekk-i rehn): Rehni izâle etmek, borcu verip merhununu rehniyetten tahlis etmektir. «Fükuk», «İftikâk» de rehni kurtarmak mânâsıdır. «Fikâk» de hem rehni veya esiri kurtarmak mânâsıdır, hem de tahlise sebep olan şey demektir.

11 — (Tahliye): Boşaltmak, halâs etmek, bir şeyi kabz etmek için imkân bahş olmak, yani: Kabza mani olan şeyleri izâle ile kabzı mümkün olacak bir durumda bulundurmaktır.

12 — (Yedi adil): Adil sayılan kimsenin eli, nezdi, şahsı demektir ki, emânet kendisine tevdi olunur: Rehin bahsinde adden maksad, râhin ile mürtehinin veya hâkimin emniyet edilip rehnin yanına tevdi ve teslim ettiği âkil kimsedir. Haddi zatında adaletle muttasıf olsun olmasın.

13 — (Mümatele): Borcu, borcun vâdesini bugün yarın diye uzatıp durmaktır. Buna «Metal» de denir. Sahibine de «Mümatil» denir.

14 — (Deyni muaccel): Derhâl verilmesi lâzım olan borçtur. Peşin para ile alınan bir malın zimmete teallûk eden semeni gibi.

15 — (Denyi Müecce): Bir müddetle tecil edilmiş olan borçtur. Bir sene müddetle istikraz edilen para gibi.

16 — (Deyni hall): Müeccel iken müddeti nihayet bulup hülûl eden borçtur.

17 — (Hakikaten deyn): Borç alınan para bedeli icare gibi.

18 — (Hükmen deyn): Misliyle veya kıymetiyle mezmun olan ayan gibi. Magsub veya bey'i fâsid ile makbuz bir mal bu kabildendir.

(B İ R İ N C İ B Ö L Ü M)

REHNE AİD BAZI MESELELERİ HAVIDIR.

İÇİNDEKİLER: REHNİN RÜKNÜ. REHNİN İNİKADININ VE LÜZUMUNUN ŞARTLARI. REHNİN HİKMET-İ TEŞRİİYYESİ. REHNE DAHİL OLUP OLMAYAN ŞEYLER. REHNİN FESH EDİLİP EDİLEMEMESİ. RÂHİNİN, MÜRTEHİNİN VEYA REHNİN TAADDÜDÜ. MERHUNUN MASRAFLARI. ARİYET ALINIP VERİLEN REHNLER

REHNİN RÜKNÜ :

19 — : Rehnin rüknü, icap ve kabul ile kabzdır. Şöyle ki: Rehin, râhin ile müstehinin icap ve kabulüyle mün'akid, mürtehinin veya adlin kabzetmesiyle tamam olur. Yoksa yalnız icap ile rehin mün'akid olmaz ve icap ile kabulden sonra hakikaten kabz veya kabz makamına kaim olan tahliye bulunmadıkça rehin lâzım olmaz.

Binaenaleyh râhin, merhunu mürteherine daha teslim etmeden rücu edebilir. Artık bu rücudan sonra mürtehinin rehni kabz etmesi muteber değildir.

20 — : Rehin, mürtehin hakkında bir menfaati mahza olmayıp minvechin muaveze mânasını mutazammın olduğundan onun hıfziyle mükellef olup telef ve ziyâ takdirinde alacağı tamamen veya kısmen sâkit olacağından rehni bir-riza kabul etmesi veya icapda bulunması lâzımdır.

Râhin dahi esasen rehin vermeğe mecbur olmayıp bidayeten müteberri sayılacağından onun da birriza icap veya kabulü lâzımdır.

Kabzın lüzûmuna gelince, rehin vermekte râhinin istifadesi olmadığından rehin, bir nevi teberru mahiyetindedir. Bu cihetle tamamiyeti kabza muhtaçtır. Ve rehin hükmen alacağı istifa sayılacağından bu cihetle de kabza muhtaçtır. Bir de rehinden asıl maksad, râhinin borcunu bir an evvel koşmasını temindir. Bu da mürtehinin rehni kabz etmesiyle kabil olabilir.

Binaenaleyh kabz lâzımdır. Hattâ akdi rehin esnasında merhunun yedi râhinde kalması şart kılınsa akid fâsid olur (Hindiyye).

Bir de terhin edilen bir mülkün mücerred sened ve hüccetini mürteherine teslim etmek, o mülkü teslim makamına kaim olmayacağından bununla merhun kabz edilmiş sayılamaz (Ali Efendi fevatası).

Maamafih bazı fukahaya göre rehin yalnız icap ve kabul ile mün'akid ve lâzım olur, lüzûmu kabza muhtaç bulunmaz.

21 — : Rehnin icap ve kabulü, örf ve âdette terhin için kullanılan tâbirlerdir.

Meselâ : Râhin «Bu şeyi sana borcum mukabilinde rehin ettim.» deyip mürtehin de «Kabul ettim.» veya «Razi oldum.» veya «Aldım.» dese rehin, mün'akid olur. «Bunu rehin al.», «Bu rehin olsun.» sözleri de icap sayılır.

22 — : Rehnin inikadı için rehin lâfzının veya bunun müştakkatından bir lâfzın söylenmesi şart değildir. Rehin hususunda rizaya delâlet eden sair tâbirler ile de rehin mün'akid olur.

Meselâ: Bir kimse, satın aldığı bir şeyin parası mukabilinde bâyiye bir mal verip de «Parasını verinceye kadar bunu alıkoy.» deyip bâyi de alıkoysa o mal, İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre rehin edilmiş olur. Fakat İmam Ebû Yusuf ile Eimmei Selâseye göre bu tâbir ile rehin değil, vedia akdedilmiş olur. Çünkü bu tâbirin rehine de, iydaa da ihtimâli vardır. İyda ise zamanı icap etmediği cihetle rehinden daha azdır. Bu itibarla iydaın sübûtu iktiza etmiş olur.

23 — : Rehin teati ile, mükâtebe ile ve dilsizin mahud işaretile de mün'akid olur.

Meselâ : Bir kimse, bir şahısdan şu kadar kuruşa bir saat satın alıp ona bir mal vererek «Saatin semenini sana verinceye kadar bu malı imsâk et.» dese bu mal rehin edilmiş olur. Bu sözü ile akdi rehin mânasını ityan etmiştir. Ukudda itibar ise meâniyedir (Bedayi).

Hattâ müşterinin parasını vermeden satın aldığı şeyi kabz ettikten sonra semeni mukabilinde bâyiine rehin bırakması da caizdir. Fakat böyle satın alınan bir malı müşteri, daha kabz etmeden semeni mukabilinde terhin edemez. Çünkü bu mal, kablelkabz kendi semeniyile mazmundur, ayrıca rehin ile tazmine mahal yoktur. Beyi, mebhasına müracaat!

(Malikî'lere göre rehin, bir borcu tevsik için kabz edilen maldır. Maama-fih rehni mücerred icap ve kabul ile mün'akid ve lâzım olur. Rehnin sıhhati için mürtehinin rehini kabz etmesi şart değildir ve kabz, rehnin mahiyetine dahil değildir. Şu kadar var ki, mürtehin, merhunu kabz etmeyi talep eder, râhin de teslim mecbur olur.

İbni Hacıbe göre rehin, kabzdan evvel sahih olursa da kabz bulunmadıkça tamam olmaz (Muhtasar-i Ebizziya, Düsûkî).

(Şafii'lere göre de rehin, bir malın aynini bir deyin mukabilinde vesika kılmaktır ki, o deynin ödenmesi müteazzir olunca bu maldan istifasa cihetine gidilsin. Rehin, icap ve kabul ile sahih ve kabz ile lâzım olur.

Rehnin lûgatte sübût ve hapis mânasına olduğuna şu hâdisi şerif de delâlet eder: (نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى دينه) yani: Ölmüş bir müminin ruhu borcu mukabilinde mahbusdur, makamı kerimden mehcurdur.

Râhin hakkında rehnin lüzûmu râhinin ikbazına = rehni kabz ettirmesine, kabza izin vermesine veya mürtehinin kabzına mütevakkıftır. Bu kabza mü-

saade ve bilfiil kabz ise akdi salâhiyeti olan kimseler tarafından vuku bulmak icap eder. Aksi takdirde kabz ve ikbaz muteber olmaz. Meselâ: Çocukların, mecnunların mehcurların kabz ve ikbazları sahih değildir.

Rehinde iki taraftan niyabet = Vekâlet ceryan eder, yani Râhin de mürtehin de kendi yerine başkasını tevkil edebilir. Ancak mürtehinin râhini kabza naib tâyin etmesi caiz değildir. Çünkü kabz ile makbuzun ittihadı mümteni'dir (Tuhfetülmuhtaş).

(Hanbeli'lere göre de rehin, deyni ayin ile tevsikadır ki, deyni başka suretle tediye müteazzir olunca o deynin tamamını veya bir kısmını bu ayinden veya bunun semeninden ahz etmek mümkün olur.

Rehin, icap ve kabul ile mün'akid, kabz ve lâzım olur. Şöyle ki: Rehlin râhin hakkında lüzûmu, mürtehinin veya vekilinin veya râhin ile mürtehinin bilittifak tâyin edecekleri kimsenin rehini kabz etmesine muhtaçtır. Râhinin izni olmadıkça kabz muteber olmaz ve râhinin izininden sonra da kabz bulunmadıkça rehinde tasarrufatı nafizdir.

Merhun, akd-i rehinden evvel mürtehinin elinde gasben veya âriyet veya vedia olarak veya bir akd-i fâsid ile bulunmuş olsa mücerred bu akd ile rehin, lâzım olur, ayrıca kabza muhtaç olmaz.

Rehin, muatat tarikile de mün'akid olur.

Rehin, hak zamanında, yani: Borcun zimmete taâllûku ânında ve hak zamanından sonra akdedilebilir. Fakat hakdan evvel akdedilemez. Çünkü rehin, hakka tâbidir, ona takaddüm edemez (Keşşafülkına).

(Zâhiri'lere göre de rehin, kabz ile tamam olur. Nefsi akidde = Rehin akdi esnasında mürtehin tarafından merhun kabz edilmedikçe rehin caiz olmaz. Çünkü Kuranı Kerimde (فرمان مقبوضه) buyuru'muştur.

Rehni, bir sikanın = Adlin yanına bırakmayı şart koşturmak caiz değildir. Başkasının kabzı kabz sayılmaz. Katade, Hakem Ebû Süleyman ve İbni Ebi Leylâ'nın kavilleri de böyledir. Dâyinden başkasının rehini kabz etmesini iştirat, kitabullahta bulunmayan bir şart olmakla bâtıldır.

Müdayene akdi esnasında alınan rehin, muteberdir. Müdayenenin tamamen akdinden sonra verilen rehin muteber değildir. Râhin bunu dilediği zaman mürtehid istirdad edebilir (Elmuhallâ).

Zâhiri'lerin hukuk dairesini bu kadar tezyik ederek edillei şeriyenin pek geniş şümûlüne infazı nazar edememeleri, bir kimsenin bir hakkı dilediği zaman teberraan tevsik etmesinin cevazını ve bir kimsenin salâhiyettar olduğu bir akdi usûlü dâiresinde başkasına vekâleten havale edebilmesinin meşrûiyetini düşünememeleri istiğraba şâyandır.

Davud-u Zâhiri'ye göre rehin, yalnız sefer haline mahsustur. Seferde borcu yazacak kâtip bulunmazsa rehin verilebilir. Bu rehin yalnız bey'ide, selem-

de karzda muayyen bir müddete kadar iştirat edilebilir. Fakat sair muamelâtta rehin verilmesini şart koşmak caiz değildir. Çünkü kitabullahda mezkûr olmayan bir şart bâtıldır.

Mücahidde rehinin yalnız sefer halinde caiz olacağına kaildir. Çünkü (وان كنتم على سفر) âyeti kerimesi rehinin cevazını sefer haline hasretmiştir. Bir müddete kadar olan deyin ise ya bey'i veya selem veya karz suretiyle olur, bunu tecavüz edemez.

Hali hazardsa rehin verilmesi ise bir müddetle mukayyed ve akd zamanında meşrû olmamak üzere caiz olabilir ki bu, râhin tarafından bir teberru sayılır. Nehi edilmeyen bir şey ile tetayvü ise güzeldir. Resûli Ekrem, sallallâhü taâlâ aleyhi vesellemin yirmi sa' arpa mukabilinde zirhini rehin bırakmış olması da bu kabildendir (Elmuhallâ).

Fakat sair mütehidlere göre rehin yalnız sefer haline münhasır değildir. Âyeti kerimede seferin zikr edilmesi galibi ahvale nazarandır. Yoksa rehin hususunda sefer ile hazerin farkı yoktur.

Filvâki sefer halinde borcu tevsika daha ziyade ihtiyaç görülebilir: Misafir, mefkud gibidir, o halde dâyin, vesikaya muhtaç olur. Hazır ise böyle değildir. Onun hakkında kalb galib ahvalde mutmain bulunur. Fakat bu nokta-i nazar rehnin hali hazardsa iştiratına bir mani teşkil etmez (Bedayi, Elmizanül-kübra).

REHNİN İNIKADININ VE LÜZUMUNUN ŞARTLARI :

24 — : Rehinin sahihen inikadında râhinin ve mürtehinin âkil ve mümeyyiz olması lüzumu için de kabz bulunması şarttır. Âkidlerin baliğ ve hür olmaları şart değildir.

Binaenaleyh gayrı mümeyyiz çocukların, mecnunların rehin ve irtihanları bâtıldır. Mümeyyiz olan bir çocuğun rehin verip alması ise sahihtir. Şu kadar var ki ticarete mezun olmayan mümeyyiz çocuğun rehin ve irtihanı velisinin icazetine mevkuf bulunur.

Ticarete mezun bir kölenin de rehin ve irtihanı caizdir. Çünkü bunlar ticaretin tâbilerindendir (Bedayi).

25 — : Merhunun satılmaya salih bir şey olması şarttır.

Binaenaleyh, merhunun akd vaktinde mevcut, mütekavvim makdûrütteslim, bir mal olması lâzımdır. Rehin zamanında henüz mevcut olmayan veya vücut ile adem arasında mütereddît bulunan veya meçhul veya lâşe gibi gayrı mütekavvim olan veya hür insan veya saydiharam gibi alınıp satılması caiz bulunmayan bir şeyi terhin sahih değildir.

Mekilât, mevzunat ve meskûkât, cinsleri ve hilâf-ı cinsleri mukabilinde

terhin edilebilir. Bunlar kendi cinsleri mukabilinde terhin edildikten sonra telef olsalar rehin oldukarı borç mukabilinde telef olmuş olurlar. Bunların cevdetine, ademi cevdetine itibar olunmaz (Hindiyye).

26 — : Merhunun mukabili olan hakkın deyn ise bir deyni sahih ve ayn ise binefsihi mazmun olması şarttır.

Binaenaleyh istikraz edilen bir meblağ için, magsub bir mal için, makbuz olan bir mebiin semeni için, bir icarenin bedeli için rehin almak caizdir. Fakat emanet olan bir mal için, mudarebe ve şirket malları için rehin caiz değildirler. Çünkü bunlar mazmûn değildirler.

Kazalık : Hakk-ı şüf'a, hakk-ı kısas gibi asla mahal olmayan bir şey için rehin almak sahih değildir. Şayed alınırsa rehin olmayıp emanet bulunmuş olur. Mürtehinin elinde teaddisi olmaksızın telef olsa asla zaman lâzım gelmez.

Kezalık : Bir mebi, kabz edilmedikçe semeni mukabilinde rehin almak caiz olmaz.

Çünkü mebi, kablelkabz binefsihi değil, kendi semeniyle mazmûndur, bâyiin elinde telef olsa müşteriden semeni almaya hakkı kalmaz. Artık böyle bir şey ile mazmûn olanın diğer mütehalif bir şey ile de mazmûn olması caiz olmaz. Fakat mebi kabz olunduktan sonra semeni mukabilinde bâye bir mal rehin verilebilir. Hattâ mebiin kendisi de bu semene mukabil terhin edilebilir. **Kezalık :** Mekfûlünanhnin kendi emriyle müneccezen kefil olan kimseye mal kabilinden olan mekfûlünbihi mukabilinde rehin vermesi caizdir. Velevki kefil, mekfûlünbihi mekfûlünlehe vermiş olmasın. Fakat kefalet, binnefsden dolayı kefile rehin vermek caiz değildir. Çünkü bu halde mekfûlünbihin rehnden istifası kabil değildir. Mal hakkındaki kefaleti muallâkada da şartın vücudundan evvel rehin verilmesi sahih değildir. Zira kefalet bil'mal henüz hulûl etmemiştir. Bilâ emir kefaletten dolayı da rehin verilmesi sahih değildir. Çünkü bu halde kefilin mekfûlünanha müracaata hakkı yoktur ki onun mukabilinde rehin alabilsin (Hindiyye, Mecmaül'enhür).

29 — : Râhinin hakkiyle merhunun meşgul olmaması şarttır. Meşgul olursa akdi rehn, fâsid olur.

Meselâ : Yemişli ağacı yemişsiz olarak veya bir yeri üzerindeki ağaçlar dahil olmaksızın veya mülk bir tarlayı üzerindeki ekinler müstesna olarak terhin etmek sahih değildir. Çünkü bu halde merhunu müstakilen kabz muhaldir.

Fakat bunlar terhin edilip de üzerlerindeki müttasıl şeylerden sükût edilse onlar da beraberce rehn edilmiş olur.

Kezalık : Bir kimse içerisinde kendisine ait eşya bulunan bir hanesini terhin ve teslim etse rehin sahih olmaz. Haneyi bu eşyadan tahliye ettikten sonra teslim etmesi lâzım gelir.

Amma başkasının hakkiyle meşgul olması rehnin cevazını ihlâl etmez. Binaenaleyh bir kimse hanesini içinde başkasının eşyası bulunduğu halde terhin

edebilir. Bunlar kendi eşyası yanında vedia olduğu gibi mürtehinin yanında da vedia olur.

Kezalik : Râhin, hanesinin içinde bulunan kendi eşyasını mürtehine evvelâ vedia verip sonra da bu haneyi terhin ederek o eşya ile beraber teslim eylese rehin veteslim sahih olur (Haniyye, Ankaravî, Reddilmuhtar).

28 — : Akdi rehnin şarta muallâk veya müstakbel zamana muzaf olması şarttır. Çünkü rehn ile irtihan, ifa ve istifa mânasını mütezammin olduğundan bey'e benzerler. Bey'in şarta tâliki ve müstakbele izafesi sahih olduğundan rehnin tâlik ve izafesi de sahih olmaz (Bedayi).

29 — : Mukabilinde rehin verilecek hakkın terhin zamanında mevcut olması şarttır. Binaenaleyh mâdûm, melhuz bir borç mukabilinde rehin verilmesi sahih değildir. Meselâ: Bir kimse, borcunu ödedikten sonra dâyine hitaben «Borcumdan sana birşey vereceğim, kalıp kalmadığını bilmiyorum, belki bir şey kalmıştır, şu malımı onun mukabilinde sana terhin ediyorum.» deyip dâyin de kabul etse ve bu borçtan bir şey kalmamış olduğu anlaşılrsa bu mal, rehin mahiyetinde bulunmuş olmaz. Bu halde mürtehinin elinde telef olsa zamanı lâzım gelmez.

Kezalik : Bir kimse, bir şahsa «Senin bende sâbit olacak alacağın mukabilinde bu malımı sana rehnettim.» deyip o şahıs da kabul etse bu rehin hükümünde olmaz. Çünkü elyevm sâbit veya sebab-i vücubi mevcut olmayan bir alacak, mâdûm demektir (Haniyye, Dürerülhukkâm).

30 — : Rehnin teberru veçhile verilmesi, yani: Râhinin rizasına mukarin olması şarttır. Yoksa dâyinin icbarına mebnî yapılan bir rehn muamelesi sahih olmaz. Hattâ bir kimse, bir malını semeni mukabilinde filân şeyi rehnetmek üzere bir şahsa satsa beyi sahih olur. Fakat o şahıs o şeyi rehn etmekten imtina etse rehn etmesine cebir olunamaz. Çünkü rehn bir nevi teberrudur. Müteberri hakkında ise cebir carî olamaz. Şu kadar var ki bu takdirde bâyi muhayyer olur, dilerse bu bey'e rehinsiz olarak razı olur ve dilerse bu bey'i fesh eder. Bâyiin bu muhayyerliğine «Hiyar-ı vâsf-ı semen» denilir (Reddimuhtar).

31 — : Rehnin vakti kabzda müşâ bulunmaması şarttır.

Binaenaleyh müşân rehniyeti sahih olmaz. Gerek kabili kısmet olsun ve gerek olmasın ve gerek şerike ve gerek yabancıya terhin edilsin. Şuyû da gerek mukarin ve gerek târî bulunsun müsavidir.

Meselâ : Bir hanenin nısfı şâyiini, bir arsa üzerindeki binayı arsasız ve bir vakıf yer üzerindeki bağ ve bahçeyi rehn etmek sahih olmaz. Böyle bir terhin muamelesi fâsiddir.

Maamafih şuyû-i târî sebebiyle rehnin fesâdına İmamı Âzam ile İmam Muhammed kail olmuştur. İmam Ebû Yusuf, bunun fesâdına kail değildir. Zira beka ibtidadan esheldir. Binaenaleyh bir hane tamamen terhine ve teslim edildikten sonra yarısı bilistihkak zabt edilse İmam Ebû Yusuf'a göre rehn fâsid olmaz.

Müşâin rehniyeti hakkında Hanefî fukâhasının ihtilâfı vardır. Bazılarına göre bu rehn bâtıldır. İmam Kerhî bunu ihtiyar etmiştir. Bazılarına göre de fâsiddir. Alâüddin-i İsbicabî de buna zâhib olmuştur (Şibli).

32 — : Zarureten sâbit olan şuyû ile rehin fâsid olmaz.

Meselâ : Râhin, mürtehin'e iki kumaş verip «Bunun birisini şu alacağına rehin, diğerini de bizaa = Sermaye olarak al.» deyip mürtehin de bunların ikisini alıp tesellüm etse rehniyet, bu kumaşların ikisine şâyi, yani : Bunlardan her birinin yarısı merhun olmuş olur. Çünkü bu iki kumaşdan biri rehin olmak hususunda diğerinden evlâ değildir (Reddimuhtar).

33 — : Bir falın tamamı terhin edildikten sonra onu müşâ değil, muayyen ve müfrez bir kısmı, meselâ yarısı bilistihkak, zabt edilse bakisinde rehin sahih ve bu kısım borcun tamamına mukabil rehin olarak mahbus olur. Bu bâki kısım, mürtehinin elinde telef olsa borcdan hissesiyle telef olur, yoksa bunun kıymeti borcun tamamına kâfi olsa da borcun tamamı sâkit olmaz.

Meselâ : Bin lira borç mukabilinde bin iki yüz lira kıymetindeki bir hanenin tamamı terhin edilmiş iken bunun müfrez olan yarısını bir müstahik çıkıp zabt etse mütebâki yarısı bu bin lira mukabilinde rehin olarak kalır. Bu bin lira ödenmeyince bu kısım rehniyetten çıkmaz. Fakat bu kısım, mürtehinin elinde iken telef olsa borçtan buna isâbet eden beş yüz lira sâkit olur, mütebâki beş yüz lira mürtehin râhine rücu eder. Çünkü bu hanenin fazla olan kıymeti mürtehinin elinde en.anet bulunmuş olur.

Nitekim bir borç mukabilinde bir akd ile iki muayyen, müfrez mal terhin edilip birine müstahik çıktığı takdirde de hükm böyledir (Haniyye, Bezzaziyye)

34 — : Vâdedilen bir deyn mukabilinde rehin verilmesi sahihtir. Çünkü mev'ud bir mal, hacet bakımından mevcut gibi sayılır. Ve insan olan, vâdinde hulf etmez. Bu vâd ekserimev'udu ifaya müfzi olur. Bu cihetle mev'ud deyn, mādüm sayılmaz. Böyle bir rehne «Makbuz âlâ sevmirrehn» de denir. Meselâ : Bir kimsenin vereceğini vâdettiği yüz lira ödünç mukabilinde bir mal rehin olarak verilebilir. Bu halde o kimse bu vâdini ifaya mecbur değildir. İfa etmediği takdirde rehin kendisinden istirdat olunur. Ancak o kimse, muayyen bir miktar meblâğ ödünç vereceğini vâdetmiş olduktan sonra aldığı rehin daha o meblâğı vermeden kendisinin veya adlin elinde telef olsa bakılır : Eğer vâdedilen meblâğ, bu rehnin kıymetine müsavi veya ondan az ise o kimse bu meblâğı râhine vermeğe mecbur olur. Amma vâdedilen meblâğ, rehnin kıymetinden fazla ise o kimse yalnız rehnin kıymetini zâmin olur, ziyadesinden mes'ul olmaz.

35 — : Ödünç verilmesi vâdedilip mukabilinde rehin alınan meblâğın miktarı malûm bulunmazsa bunda rivayetler muhtelifdir. Bir rivayete göre bu rehin, mazmûn olmaz. Diğer bir rivayete göre mürtehin, râhine dilediği miktarda bir meblâğ ikraz etmeğe mecbur olur. Çünkü mürtehin rehni bir miktar meblâğ mukabilinde kabz etmiş olmakla bu miktarın beyanı mürtehinine ait olur. Meçhulü ikrarda olduğu gibi.

Böyle vâdedilen miktarı meçhul bir meblâğ için verilen rehin, mürtehinin elinde telef olsa İmam Ebû Yusuf'a göre mürtehin, rehnin kıymetini balığan mâbelâğ râhine zâmin olur. İmam Muḥammed'e göre ise mürtehinin en az bir dirhem miktarı gümüş vermesi lâzım gelir. Zira vereceği ödöncün bundan daha az olacağı tahmin edilemez.

36 — : Bir kimse, ödünç vereceği miktarı muâyyen meblâğı mukabilinde rehin aldıktan sonra o meblâğın bir kısmını verip mütebâkisini vermekten imtina etse onu vermeğe icbar edilemez. O rehin, bu verilen miktar mukabilinde merhun olur (Haniyye, Zeylei, Hindiyye, Ankaravî).

37 — : Başkasının malını rizasiyle terhin caizdir. Hattâ bir çocuğun malını babası veya vâsiyyi muhtarı veya ceddi sahihi kendi borcu mukabilinde terhin edebilir. Bu istihsanen caizdir. Çünkü bunlar çocuğun malını başkasına vedia vermeğe salâhiyeddâr olduklarından rehin vermeğe de evvelâ bittarik salâhiyetli bulunurlar. Zira vedia telefî hainde mazmûn değildir, rehin ise telefî takdirinde deyn le mazmundur.

Bu terhin, sahih olduğundan çocuk balığ olunca borç eda edilmeden rehni istirdat edemez. Belki «Borcunu ver de rehni kurtararak sahibine red et.» diye râhine emrolunur. Bu rehin mürtehinin elinde telef olsa mukabilinde borçdan ne miktar sâkit olursa o miktarı râhin çocuğa zâmin olur, ziyadesini zâmin olmaz. Çünkü ziyadesi mürtehinin elinde emanet bulunmuştur.

Fakat bu borcu çocuk büyüyüp tediye etse bu tediye ettiği miktarın tamamıyla rücu eder, müteberri sayılmaz. Çünkü malını rehniyyetten tahlis için borcu kazaya muztar bulunmuş olur ve râhin tarafından borcunu tediyeyle de lâleten memur sayılır (Bedayi, Zeylei).

Kezalik : Bir kimse sâğir evlâdının malından kendisi için borç aldığı meblâğ mukabilinde bir malını terhin ederek onun namına yanında hapis ve imsâk edebilir. Bu sahihtir. Fakat vasinin bu terhine salâhiyeti yoktur (Hindiyye).

38 — : Marazı mevt ile marizin rehin vermesi sahihtir. Şu kadar var ki, vereceği rehnin kıymeti mukabili olan borçtan ziyade bulunursa bu ziyade teberra sayılmaz. Rehin telef olunca hem borç sâkit olur, hem de rehnin fazla olan kıymeti mürtehindan alınır. Bir de marizin rehni sair alacaklıları hakkın da nafiz olmaz. Binaenaleyh borcu terekesinden ziyade olduğu halde vefat etse sair alacaklıları bu rehni kısmeti guramaya ithâl ederler. Bu mariz, bu suret-

le garimlerinden birini diğerlerine tercih etmiş sayılır ki buna salâhiyeti yoktur (Bezzaziye, Behcetülfetava).

39 — : Vakıfların, arazi-i milliye'nin rehin bırakılması caiz değildir. Çünkü bunlar mal-ı şahsî değildir. Binaenaleyh bilicaretayn tasarruf olunan mevkuf musakkafat, müstegallât ve arazi-i emiriye = Milliye denilen yerler, borç mukabilinde terhin edilemez. Vakıa mütevellînin veya arazi idarelerinin izniyle bunların vefaen ferağı caiz ise de bu ferağ muamelesi ile rehn arasında ismen fark olduğu gibi hükmen de fark vardır. Şöyle ki: Merhunun telefî takdirinde borç sâkit olur. Vefaen mefruğ olan böyle bir akar veya arazinin mefruğunleh elinde telef' olması, meselâ yanması veya sular altında kalıp kendisinden istifade edilemez bir hale gelmesi takdirinde ise borç sâkit olmaz. Ve bu gibi vakıf bir akar veya arazi ferağ edilmeyerek emlak-ı sırfe gibi terhin edilse bunun hükmü olmaz. Râhin, bu merhunu daha borcunu vermeden geri alabilir ve geri almadan bunlar mürtehinin elinde telef olsa mukabilinde borç sâkit olmaz (Abdürrahîf fetavası, Dürerülhukkâm).

Malikî'lere göre de rehinlerin inikadı, cevaz ve ademi cevazı hakkında şu gibi meseleler mevcuttur.

(1) : Rehnin sıhhati için râhinin ehliyeti bey'i haiz olması, rehnin nefazı için de râhinin fükellef, reşid bulunması şarttır. Binaenaleyh mümeyyiz çocuğun, sefihin, kölenin rehinleri mün'akid olursa da lâzım olmaz, velilerinin icazetine mevkuf bulunur. Mecnunun, gayrı mümeyyiz çocuğun ise bey'i sahîh olmadığından rehni de sahîh olmaz.

(2) : Rehn, deyn mukabilinde alınır, muayyen bir ayın veya muayyen bir ayın menfaati mukabilinde rehin alınamaz.

Meselâ : Bir kimsenin satın aldığı bir haneye belki bir müstahik çıkar diye bâyiinden rehin alması sahîh değildir.

Kezalik : Bir kimsenin isticar ettiği muayyen bir hayvan bilistihkak zabt edildiği takdirde kendisine aynen getirip teslim etmesi için mucirden rehin alması sahîh olmaz.

(3) : Mukabilinde rehin verilecek hakkın filhâl veya âtiyen mevcut bulunması lâzımdır. Binaenaleyh zimmette hâlen mevcut bir borca rehin verilmesi caiz olduğu gibi cu'le, meselâ: Kaçmış bir hayvanı bulup getiren kimseye verileceği deruhde edilen bir paraya rehin vermek de caizdir.

(4) : Rehin, mübayaa veya karz akdi esnasında meşrut bulunursa muteber olur ve illâ rehin, bu bâtil teberrudur, riayeti icap etmez.

(5) : Borcu borç mukabilinde terhin caizdir. Şöyle ki: İki kimseden her birinin diğerine borcu olsa bunlardan biri, kendi alacağını kendi borcu mukabilinde diğerine rehin verebilir. Elverir ki rehin olacak deynin müddeti, rehin verilecek deynin müddetine müsavi veya ondan eb'ah olsun. Bu, şarttır. Re-

hin olacak deynin müddeti daha yakın veya muaccel olursa terhin caiz olmaz. Bu, selef sayılır. Se'lem mebhasine müracaat!.

(6) : Bir kimsenin bir şahsa, o şahsın da başka bir zata borcu olsa o şahıs, bu kimsedeki alacağını o zata terhin edebilir. O şart ile ki, bu borcun vesikasını = Müdayene senedini o zata verip bunun kabzına işhadda bulunsun. Bu muamele yapılırken mürtehin ile medyunun bir arada bulundurulması bir şartı kemaldir, yoksa rehinin sıhhati buna mütevakkıf değildir.

(7) : Bir rehlin borç miktarından fazla olan kıymetini de mürtehinin rizasıyla başka bir borç mukabilinde terhin etmek caizdir. Rehin bir yedi emininde ise mürtehinin değil, o eminin rizası şarttır.

Mese'â : Bir kimse, bin lira kıymetini olan bir hanesini altı yüz lira borcu mukabilinde terhin ettikten sonra mütebâki dört yüz lira kıymetini de mürtehinin rizasıyla başkasına olan bir borcuna rehin gösterebilir. Bu borçların müddetleri müsavi olsun olmasın. Bu fazlayı mürteherine olan diğer bir borcuna da rehin verebilir. Fakat şu şart ile ki mürteherine olan ikinci borcun müddeti, birinci borcun müddetine müsavi olmalı, ondan az veya çok olmamalı. Çünkü tarihi mukaddem olan borç için rehin satılınca diğer borç da ödenir. O borç daha müddeti gelmeden tâcil edilmiş olur ki bu bir selef demektir. Birinci borç, bir beyiden dolayı ise bu halde beyi ile selef cem olmuş olur, karzdan dolayı ise karşılıklı iki selefî intaç eder ki, doğru değildir.

(8) : Muşân bey'i, hibesi, vakfı sahih olduğu gibi terhini de caizdir. Meselâ akar, uruz, hayvan gibi bir malın hissesi bir borç mukabilinde rehin verilebilir. Bu mal, gerek tamamen medyuna ait olsun ve gerek olmasın. Bu malın tamamı râhine ait ise mürtehin bunun tamamına vaz-ı yed eder. Tâ ki rehinde râhinin eli cevelân ederek rehniyeti ibtâl etmesin. Fakat bu malın bir kısmı başkasına ait ise mürtehin yalnız rehin verilen hisseyi ihraz ile iktifa eder.

Râhin, hisse-i şâyiasını terhin edeceğinden dolayı şerikinden istizana mecbur değildir. Çünkü bu terhinde şerikine zarar yoktur. Zira o, râhin yerine mürtehin ile beraber tasarrufta bulunur. Onun hissesine rehlin taallûku yoktur. Şu kadar var ki şerikinden istizan etmesi, hatırına riayet için mendubdur.

Bu, İbni Kasım'a göredir. Eşheb'e göre böyle hisse-i şâyia terhin edildiği takdirde şerikden istizan vâcibdir. Çünkü rehin, diğer hisse-i şâyianın derhal satılmasına mani olur. İbni Kasım'a göre ise mani olmaz.

(9) : Müşterek bir maldaki bir hisse-i şâyia terhin edilince bakılır : Bu mal kabili taksim ise şerik, kendi hissesini râhinin izniyle ifraz ettirerek onun izni olmaksızın satıp müşteriye teslim edebilir. Rehin veren şerikin hissesine bu ifraz edilen kısmın münferiden satılmasından dolayı noksan âriz olursa tamamının satıldığı takdirdeki fazla fark ne ise onu râhin olan şerik, diğer şerikten alır. Bu alacağı fazla miktar, mürtehinin alacağı cinsden

değilse o da rehin olur. Alacağı cinsinden olunca bundan borç ödenir. Meğer ki yerine başka bir rehin daha verilsin.

(10) : Akdi rehne münafi şarta mukarin olan irtihan bâtıldır.

Meselâ : Rehni râhinin elinden mürtehinin kabz etmemesi veya borcun zamanı hulûl edince rehni satılmaması şart edilse rehin mün'akid olmaz.

(11) : Mürtehin, rehni daha kabz etmeden râhin ölse veya iflâs veya tecennün etse veya maraz-ı mevt ile mariz olsa rehin bâtıl olur.

Kezalik : Mürtehin, râhinin merhunda ikamet etmesine veya merhunu icareye vermesine izin verse rehin bâtıl olur. Velew ki râhin merhunda ikamet etmesin, merhunu icareye vermesin. Borç rehinsiz kalmış olur.

(12) : Mürtehin, rehni râhine veya râhinin izniyle başkasına mutlak surette, yani: Bir müddet sonra rehniyyete iadesi meşrut veya bu hususda bir örf mevcut olmaksızın iâre etse rehin bâtıl olur. Fakat rehni bilâhare rehniyyete iadesi şartıyla iare edilmesi rehni iptâl etmez (Şerh-i Ebil'berekât).

Şafii'lere göre de rehni şeraiti ve saire hakkında şu gibi meseleler vardır:

(1) : Râhin ile mürtehinin mutlakuttasarruf, yani : Teberrua ehil olmaları şarttır.

Binaenaleyh bir kimse velisi bulunduğu bir çocuğun veya mecnunun veya sefilin malını rehin veremez ve bunların namına rehin alamaz. Meğer ki bir zaruret bulunsun veya bunların mallarını semeni müeccel olarak satmaya lüzûm görülsün.

(2) : Merhunun satılmaya salih ayın olması şarttır.

Binaenaleyh menfaati terhin sahih değildir. Çünkü menfaat, şeyen feşeyen telef olur.

Kezalik : Deyni terhin de sahih değildir. Zira deyne kabzdan önce amel vusuk yoktur. Kabzdan sonra deyn olarak kalmaz. Ancak merhunun itlafından dolayı mutliffin zimmetine terettüb eden bedeli, merhuna mukabil rehnolur. Râhin mütlifi bundan ibra edemez.

(3) : Mernûnûnbihi bir lâzım deyin olması şarttır. Velew ki bu deyin, zekât veya menfaat kabilinden olsun. Şöyle ki: Verileceği vakti hulûl eden bir bir-zekât borcu mukabilinde rehin verileceği gibi bir ecirin zimmetine taallûk eden amel mukabilinde de rehin verilebilir. Çünkü bu amel, rehni satılmasıyla istifa edilebilir. Fakat icareye verilen bir ayın mukabilinde rehin alınamaz. Zira merhunu satarak semeninden bu aynı istifa etmek kabil olmaz.

(4) : Müşai = Bir maldan hisse-i şâyiayı şerike de başkasına da rehin vermek sahihdir. Bunun kabzı, tamamını kabz suretile olur. Müşâ, akar ise bu rehin şerikin iznine muhtaç olmaz, menkûl ise muhtaç olur. Şerik izin vermediği halde mürtehin, rehni şerikin elinde bulunmasına razı olsa rehn yine

caiz olur, şerik kabz hususunda mürtehinin naibi sayılır. Şerik buna da izin vermezse hâkim bir adl ikame eder, o müşterek malı şerikler namına olarak o adle tevdi eyler.

(5) : Akdi rehinde rehnin muktezasına mutabık veya akdi rehn için maslahata muvafık veya gazezden hali bir şart dermeyan edilse akdin sıhhatine mani olmaz. Mürtehinin sair alacaklılara takaddüm edeceğini veya akdi rehne işhad edilmesini veya merhunun ancak şu kadar yemesini şart koşmak gibi.

Fakat mürteherine muzir, râhine nafi bir şart dermeyan edilse şart da, rehin de bâtil olur. Borcun vakti hulûl edince rehnin satılmamasını veya değer fiatinden fazlaya satılmasını şart koşmak gibi.

Bilâkis mürteherine faideli, râhine zararlı bir şart dermeyan edilse şart bâtil olacağı gibi ezhar olan kavle göre rehin de bâtil olur. Mürtehinin merhun-
dan bir miktar ile veya bir zaman ile takyid etmeksizin istifadesini şart koşmak gibi.

(6) : Semere, nitac = Dul gibi rehnin zevaidi vücuda gelirse bunların da merhun olması şart edilse şart da akd de fâsid olur. Çünkü bunlar filhâl maddumdur, meçhuldür.

(7) : Bir deyin mukabilinde bir rehin verildikten sonra başka bir rehin daha verilebilir. Bu caizdir, velev ki rehinlerin cinsleri mütefavit bulunsun. Fakat mürtehinin kabz etmiş olduğu bir rehin başka bir deyin mukabilinde de terhin edilemez. İmam Şafii'nin kavli cedidine göre bu caiz değildir. Velev ki bu her iki borca kâfi olsun. Çünkü bu halde bu rehnin vesika olmak kıymeti azalmış olur.

(8) : Vedia gibi emanet bir mal mukabilinde rehin alınması sahih olmadığı gibi müstear veya mağsub bir ayin mukabilinde de terhin sahih değildir. Çünkü emanetler zaten mezmun değildirler. Müstear ve magsub bir ayin ise merhunun semeninden istifa kabil değildir. Maamafih magsub bir malı sahibine derhal reddetmek icap eder.

(9) : Filhâl sâbit olmayan bir deyin mukabilinde rehin vermek sahih değildir. İstikraz edilecek bir para veya satın alınacak bir malın semeni veya zevcenin müstakbel nefekası mukabilinde şimdiden rehin vermek gibi. Çünkü rehin, bir hak mukabilinde bir vesikadır, bu hakka takaddüm edemez.

(10) : Borcun hulûlü zamanında merhunun mürteherine satılmış olması şart kılınsa beyi de terhin de fâsid olur. Çünkü böyle tâlik edilen bir beyi ve tevkîl edilen bir rehinfâsiddir, sahih olamaz. O halde bu merhun; borç müddetinin hulûlüne kadar emanet sayılır, çünkü bu bir rehn-i fâsiddir, hulûlünden sonra ise mazmun olur, zira bunun hakkındaki beyi, fâsiddir (Tuhfetülmuhtaş).

Hanbelî'lere göre de rehinlerde şu şartlar carîdir :

(1) : Akdi rehin, müneccez olmalıdır. Binaenaleyh rehnin bir şarta tâliki sahih değildir.

(2) : Râhin, bey'i ve şırası sahih olacak bir kimse olmalıdır. Binaenaleyh bilâizin mehcurun rehni sahih değildir.

(3) : Râhin, rehnin maliki olmalı veya onu terhine maliki tarafından mezun bulunmalıdır. Meselâ : Bir kimse, isticar veya istiare suretiyle menafiine malik olduğu bir haneyi mucirinin veya muirinin izniyle rehin verebilir.

(4) : Rehlin, hakka mukavin veya hakdan sonra verilmelidir. Binaenaleyh henüz zimmete taâllûk etmeyen bir borç mukabilinde rehin verilmesi sahih değildir.

(5) : Rehlin, cinsen, kadren ve sıfaten malûm bir ayin olmalıdır. Deyin ve menfaat rehin olamaz.

(6) : Akdi rehnin iktiza ettiği hususlar hakkındaki şart, sahihtir. Rehni mürtehinin veya adlin satmasını şart koşmak gibi. Fakat akdi rehnin iktiza etmediği veya rehne münafi olan hususlardaki şart, sahih değildir. Maamafih bu şartın fesâdına mebni akdi rehin de fâsid olmuş olmaz. Rehnin menafiinin mürteherine aid olmasını veya rehni mürtehinin kabz etmesini veya borcun hulûlü zamanında rehnin satılmamasını veya rehnin mürtehince mazmun olmasını şart koşmak gibi.

(7) : Muşai şerike de başkasına da terhin sahihtir. Bir müşa'daki hisse-i şayianın yalnız bir kısmını terhin de caizdir. Rehn verilen müşa, akar gibi gayrı menkûl olunca râhin, bu merhun ile mürtehinin arasını tahliye eder, velevki şeriki hazır bulunmasın ve izin vermesin. Çünkü bu tahliyeden dolayı şerike bir zarar lâhik olmaz. Bu müşa, elbise, hayvanat gibi menkûl olup şerik ile mürtehin bunun kendilerinden birinin veya başkasının elinde bulunmasını arazi olurlarsa caiz olur. Razi olmazlarsa hâkim bunu bir şahsın eline emaneten veya bir ücretle teslim eder. Çünkü mürtehinin kabzı vacibdir. Bu kabz ise müşa hakkında münferiden mümkün değildir. Artık vacib olan kabza vesile olsun diye bu vechile muamele lâzım gelir. Hâkim bu müşai icareye de verebilir. Zira bunda şerik ile mürtehin için maslahat vardır (Keşşafülkına, Neylülme-arib).

Zâhiri'lere göre de rehnin cevaz ve ademi cevazında şu gibi meseleler vardır:

(1) : Satılması caiz olan her şeyin terhini caizdir. Satılması caiz olmayan şeylerin terhini ise caiz değildir. Çünkü rehin, mürtehin için mümatale vukuuna karşı bir vesikadır, bununla intisaf = İstifa-i hak kabil olur. Bu ise ancak satılabilecek bir şeyde mümkün olur.

(2) : Bir malı satın alıp semeni mukabilinde bâyiine rehin bırakmak caiz

değildir. Böyle bir beyi, mefshurdur. Şu kadar var ki, bâyi semeni peşin olarak satmış ise semeni alıncaya kadar mebi elinde tutabilir.

(3) : Bir borç akdi esnasında sahih bir surette terhin edilen bir mal, bilâhare yapılacak ikinci bir borçdan dolayıda terhin edilemez, terhin edilse ikinci akid bâtil olur. Çünkü rehin birinci akid hakkında sahih olmuştur, artık onu başka bir akde nakil caiz olmaz.

(4) : Dinarlar, dirhemler matbu = Meskûk olsunlar olmasınlar rehin olabilirler. Bu caizdir. İmam Malik'e göre bunlar matbu olmayınca terhin edilemezler.

(5) : Bir borç mukabilinde verilen rehlin tamamına veya bir kısmına bir müstahik zuhur etse rehniyyet de, müdayene akdi de bâtil olur. Çünkü râhin ile mürtehin müdayeneyi rehlin sıhhatine meb ni akdetmişlerdir. Artık bu rehin sahih olmayınca o müdayene de asla sahih olmaz.

(6) : Bir cemaât kendilerine ait bir mal-ı müstereki bir şahsa terhin etseler veya bir şahıs bir malını bir cemaâte birden terhin eylese bu cemaâten herhangi bir ferd kendi hissesine düşen borcu ödese onun o rehindeki hakkı, rehin olmaktan çıkar, diğer şeriklerin hisseleri rehin olarak kalır.

Kezalik : O bir şahıs cemaâten bazılarını borcunu ödese bunların hakk-ı irtihanları sâkit olur, bunların hisselerine rehinden isabet eden kısmı, râhine rücu eder. Diğer şeriklerin hisseleri kendi miktarlarına rehin olarak kalır. Çünkü bunlardan her birinin kendine mahsus hükmü vardır. Nitekim Kuranı Kerimde: (وَلَا تَكْبِلْ نَفْسَ الْاَعْلَاهَا وَلَا تَزِرُ وَزِرَةٌ وِزْرَ أُخْرٰى) buyurulmuştur. Yani: Herkesin kazancı kendisinedir ve bir yük sahibi başkasının yükünü taşımaz.

(7) : Müşâ, yani bir mal-ı müsterekteki hissei şâyiayı terhin caizdir. Taksimi kabil olsun olmasın, terhin edecek şerikin yanında bulunsun bulunmasın müsavidir. İki şerikin bir mala vaziyedleri nasıl caiz ve muteber ise mürtehin ile diğer hissedarın vaziyedleri de öylece caiz ve muteberdir.

Her malın kabzı kendi haline göre kabil olur. Menkûlâtta olan bir şeydeki kabz, onu vaz-ı yed ile kendi yanına nakl ile olur. Hane, arazi gibi nakli kabil olmayan bir şeydeki kabz da onu zabtına itlâk-ı yed ile olur. Müşâ olan bir şeyde mürtehinin kabzı, o şeydeki hissesine râhinin şerikiyle beraber olan kabzı gibi olmuş olur, aralarında fark yoktur. Eğer müşâda kabz sahih olmazsa onda şeriklerin de kabız bulunmamış olmaları lâzım gelir. Öyle olunca da o mal mahme bulunur, onun üzerindeki bir kimsenin eli bulunmamak iktiza eder. Bu ise bir emirdir ki, bunu din de ıyan da tekzib eder. Çünkü bunda şeriklerin tasarrufu mülk ile tasarrufta bulunmaları dinen caizdir, bu müşân birer müddetle şeriklerin elinde bulunması veya bunu bilittifak bir kimsenin yanına bırakmaları da müşahede ile sâbit hallerdendir. Âyet-i Kerimde de

(فَرَمَانٌ مَبْهُوضَةٌ) buyurulmuştur. Bu nazm-ı kerimdeki rehin mutlaktır, müşâ tahsis edilmemiştir. Eğer bunu terhini caiz olmasaydı Hak Taâlâ Hazretleri

bunu istisna ederdi. Osmanülbetti, İbni Ebi Leylâ, İmam Malik, İmam Şafii ve saire de buna kaildirler. İmamı Âzam ile ashabına göre ise müşâî terhin caiz değildir.

Hanefiyye; iki insanın şâyian malik oldukları bir malı bir kimseye terhin etmelerini caiz görmemiş oldukları halde bir kimsenin iki kimseden bir sefeka = Bir akd ile istikraz eylediği bir borç mukabilinde bir malını, meselâ bir arsasını bu iki kimseye terhin etmesini caiz görmemişlerdir. Bu ise bilâ delil farktır; tenakuzu müstelzimdir (El-muhallâ).

Hanefiyyenin ise bu hususdaki noktai nazarları şöyledir: Rehnin mucebi, mürtehinin alacağını alıncaya kadar rehni elinde müstakillen rehniyyet üzere haps ve imsâk edebilmesidir. Halbuki müşâî rehniyyeti caiz olsa mürtehin, şerik olmayınca merhununu bir gün kendis bihükmirrehn imsâk edecek bir gün de râhine veya râhinin şerikine iade eyleyecektir. Mürtehin, şerik olduğu takdirde de merhununu bir gün bihükmirrehn, bir gün de bihükmil'mülk elinde bulunduracaktır. Bu halde merhun sanki bir gün rehnedilmiş, bir gün de rehnedilmemiş gibi olur.

Maamafih rehinden maksad, mürtehinin alacağını lâyıkiyle tevsiktir. Halbu ki müşâiyyet buna mânidir. Çünkü müşâî iştira hususunda nasın râğbeti azdır, satılmasına lüzum görülünce müşkilât yüz gösterir, mürtehin bunun tasarrufunda da aleleksear müşkülâta maruz kalır. (فرمان مقبوضه) nazmı ke-

riminde ise rehinler makbuz olmakla mukayyed bulunmuştur. Bu makbuziyet, mutlak olduğundan kemaline masrufdur, müşâiyyet bu kefalet münafidir.

Hanefice de deyin bir, sefka bir olduktan sonra mürtehin olacak kimsele- rin müteaddid olması rehnin sıhhatine mani olmaz. Binaenaleyh bir kimse bir kaç kimseden müşterek oldukları bir parayı istikraz etse bu para mukabilinde bir malını bu kimselere terhin edebilir. Zâhiriyye mezhebinin pek mutaas- sıb bir imamı olan İbni Hazmin buna muhalif isnadatta bulunması, Hanefi mezhebinin güzelce tetkik etmediğine delâlet eder. Müteaddid kimselerin şâyian malik oldukları bir malı bir şahsa terhin etmeleri ise matlûp olan kabzın kemaline mani olmayacağından caiz görülmüştür. Artık tenakuz iddiasına ve saireye mahal yoktur.

REHNİN HİKMET-İ TEŞRİİYESİ :

40 — : Rehnin meşrûiyeti kitap ile, sünnet ile, icma-ı ümmet ve kıyası fukaha ile sâbittir. Rehin, hem sefer ve hem de ikamet halinde alınıp verilebilir. Müsaferet halinde daha ziyade ihtiyaca ve ihtiyata binaen rehn muamelesi mutad olduğundan (وان كنتم على سفر) ayeti kerimes bu itiyadı galib olan hale nazaran sefer halinde rehn alınmasını âmir bulunmuştur. Yoksa ikamet halinde de rehin alınmasına mani değildir. Resûli Ekrem sallallâhü taâlâ aley-

hi vesellem efendimiz, Medine-i münevverede hali ikametinde bir yehudiden veresiye aldığı bir miktar zahire mukabilinde mübârek zirhını terhin buyurmuştu. Nebiyyi alişan efendimiz, bu suretle hali ikamette de velev gayri müs-limden olsun rehin mukabilinde bir mal almanın cevazını göstermiş, başkalarına yük olmaktan ise rehin mukabilinde veresiye mal almayı tercih buyurmuş, bu hususda da ümmetine iktisadî, ahlâkî bir ders vermiştir. Bu hâdise ise o Resûlü Ekrem'in dünya emvaline tama' etmiyerek ne kadar muttekiya-ne bir halde yaşamış olduğuna bir şahid bulunmuştur.

Maamafih rehin muamelesi, ötedenberi milletler arasında cari ola gelmiştir. Peygamberi zîşan efendimiz ise bu muameleyi menetmemiş, belki nâ-sı bu muamele üzerine takrîr buyurmuştur. Bu cihetle de rehnin meşrûiyeti hakkında ümmet-i merhumenin icmâi tahakkuk etmiştir.

Rehin, teminat kabilindendir. Bunda hem dâiyine, hem de medyuna yani hem mürtehin, hem de râhine ait faideler vardır. Mürtehin, rehin hakkındaki emri ilâhiye imtisâlınden dolayı sevaba nail olur. Ve aldığı rehin sebebiyle hakkından emin olur, müsterihülkalb bulunur, medyun olan râhinin muma-talesi, imkân ve iflâsı yüzünden alacağının zayi olacağı endişesinden kurtulur. Râhine gelince bunun rehinden istifadesi daha ziyadedir. Çünkü insanlar vakit vakit borç para almak, veresiye mal almak mecburiyetinde kâhırlar. İnsan bu sayede haysiyetini, şerefini muhafaza eder, iktisadî menfaatlerini temine muvaffak olur. Fakat çok kere teminat vermedikçe bu babdaki ihtiyacını iza-le edemez. Binaenaleyh rehin sayesinde bu ihtiyacını bertaraf eder. Bu sayede hem ödünç almış, hem de rehin verdiği malı, mezhebi Hanefiye nazaran mürtehinin zamanında bulundurmuş olur, rehnin telefî takdirinde kıymeti nis-betinde borcundan kurtulur. Hâsılı rehin bir vesikadır. Bununla borç tevsik edilmiş olur.

Bir şeyi tevsik ve tekide medar olan şeye «Vesika» denir. Cem'i vesaiktir (Hindiyye, Zeylef, Elmuhallâ).

REHNE DAHİL OLUP OLMAYAN ŞEYLER :

41 — : Beyide zikredilmeksizin dahil olan müstemelât, rehinde dahi dahil olduğu gibi bir arsa rehn edildikte üzerindeki bilcümle ağaçlariyle meyvaları ve sair dikilmiş, ekilmiş şeyleri de sarahaten zikredilmese bile rehne dahil olur.

Meselâ : Bir kimse üzerinde ağaç, meyva veya ekin bulunan bir arsasını rehin verse bu ağaç ile saire de rehne dahil olur. Çünkü bunlarsız rehin cari olmaz. Rehni tashih için bunlar dahil olurlar. Ve illâ arsa, râhinin mülkü ile meşgul bulunmuş olur. Meşgûlü ise şağılsız olarak terhin caiz değildir (Tenkîh-i Hâmidî).

42 — : [Merhundan mütevellid ziyada asıl merhun ile beraber merhun olur.

Meselâ : Merhunun südü, yünü, yavrusu, meyvası gibi mütevellid neması râhine ait olup merhum ile beraber mürtehinin elinde rehnolarak kalır. Bu nema helâk olsa mazmun olmaksızın helâk olmuş olur. Çünkü bu ziyada tebaan merhundur. Tâbi olan bir şeyin ise aslin mukabili olan şeyden hissesi olmaz. Asıl rehin helâk olup bu nema bâki kalsa borç asılın yevm-i kabzindeki kıymetiyle bu nemanın fekki rehn zamanındaki kıymetine taksim olunur. Asılla isabet eden borç sâkit olur, nemaya isabet eden miktar ile de rehin fekk edilir.

Meselâ : Borç miktarı doksan, asıl rehin kıymeti de doksan, nemanın kıymeti de otuz lira olsa, nemanın kıymeti, asıl rehlin üçde birine müsavi bulunmuş olur. Bu halde borcun dörtte üçü olan (67) lira (50) kuruş asıl rehlin hissesi olmakla onun telefiyle bu miktar sâkit olur. Borcun dörtte biri olan (22) lira (50) kuruş da nemanın hissesi olacağından râhin, bu (22) lira (50) kuruşu vererek nemayı rehniyetten kurtarır, borcunu tamamen ödemiş olur.

43 — : Rehinde büyümek, semizlemek gibi fâsıl olan ziyade-i muttasile-i mütevellide asıl rehin hükmündedir. Ondandır ayrılamaz. Rehin arsa üzerine yapılan bina gibi ziyade-i muttasile-i gayr-i mütevellide ile merhun akar ve hayvanın ücretleri gibi ziyade-i münfesiye-i gayr-i mütevellide ise asıl rehn ile beraber merhun olmaz. Binaenaleyh bunları râhin, mürtehindan alabilir.

44 — : Mürtehin rehlin nemasını, meselâ merhun bağın mahsulünü râhinin rizası, ibahesi olmaksızın istihlâk etse bunu râhine zâmin olur. Merhunun doğacak yavrusu veya yavrusunun yavrusu da bu nema kabilindendir, mürtehinin elinde rehn olarak kalır. Borç asılın yevm-i terhinindeki, yavruların da rehni fekk zamanındani kıymetlerine taksit molunur (Hindiyeye).

45 — : Bir rehn, râhin ile mürtehinin rizalarıyla başka bir rehne tebdil edilebilir.

Meselâ : Bir kimse borcu olan yüz lira mukabilinde bir halısını rehin bırakmış iken bilâhare bir saat getirib «Bunu rehn olarak al.» dese mürtehin de halıyı reddedip saati alsa yüz lira mukabilinde bu saat merhun olur, halı rehn olmaktan çıkar. Fakat mürtehin saati kabz etmedikçe halı râhine reddedilsin edilmesin rehin olmakta devam eder. Kezalik : Saati kabz ettiği halde halıyı reddetmedikçe de halı rehniyette kalmış, saat emanet bulunmuş olur. Mecelle'de bu kabul edilmiştir.

Fakat diğer bir kavle göre mürtehin ikinci rehni kabz edince birinci rehni, rehniyetten çıkar, velev ki râhine henüz reddedilmemiş olsun (Mecmaül enhür, Hindiyeye, Bezzaziyye).

46 — : Rehn akdedildikten sonra râhinin veya kefilinin veya hariçden birinin merhununu tezyid etmesi caizdir. Yani : Bunlardan biri akdedilen rehn bâki iken ona başka bir malı da rehin olarak ilâve edebilir. Bu sahihtir. Bu zi-

yade de asıl akde mültehiik olur, âdeta asıl akd bu iki mal üzerine yapılmış gibi olur. Bu iki malın mecmuu, ziyade zamanında mevcut olan borç mukabilinde merhun bulunur.

Meselâ : Bir kimse, istikraz ettiğ i yüz lira mukabilinde yüz lira kıymetinde bir saatini rehn bıraktıktan sonra bir de elli lira kıymetinde bir yüzüğü nü ilâveten rehin verse bu ikisi yüz lira mukabilinde terhin edilmiş olur. Binaenaleyh bu rehinlerden biri telef olsa borc bununla bâki rehne bir nisbet dairesinde taksim edilerek telef olana isabet eden miktar, borçdan sâkit olur.

Meselâ saat telef olsa borcun üçde ikisi sâkit olup yüzüğe tekabül eden üçde biri kalır. Rehinlerin kabz edildikleri gündeki kıymetlerine itibar olunur.

Borcun bir kısmı tediye edildikten sonra ikinci rehin verilse bu, birinci rehin ile beraber mütebâki borç mukabilinde rehn olmuş olur. Ve borcun tamamı tediye edilmedikce bu rehinlerden hiç biri fek edilemez.

47 — : Mukabilinde rehin alınan bir borcun miktarı yine o rehne mukabil olmak üzere mürtehin tarafından tezyid edilebilir. Bu halde o rehin o iki borc mukabilinde merhun bulunur. Bu iki borc nev'an müttehid olsun olmasın müsavidir. Çünkü rehnin kıymeti borcdan noksan ve ziyade olmasına nazaran rehni tezyide lüzûm görülebileceğ i gibi borcu tezyide de hacet görülebilir.

Meselâ : Bir kimse, bir şahsa olan yüz lira borcu mukabilinde iki yüz lira kıymetindeki bir saatini rehin olarak teslim ettikten sonra yine bu saate mukabil olmak üzere o şahısdan elli lira daha ödünç alsa bu saat yüz elli liraya mukabil rehin olmuş olur. Binaenaleyh bu saat telef olsa her iki borc da sâkit olur. Yalnız borcun biri ödense saat rehniyetten çıkmış olmaz.

Bu mesele, İmam Ebû Yusuf'a göredir. Mecellede de bu kabul edilmiştir. Fakat İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre bir rehin mukabilinde borcu tezyid sahih değildir, bu rehnin ziyade edilen miktara şümülü olamaz. Çünkü bu ziyade şuyûu icap eder. Rehnin bir kısmı birinci borca, bir kısmı da ikinci borca mukabil olmak lâzım gelir, rehinde ise şuyû meşrû değildir. Bu halde birinci borc tediye edilince merhun rehin olmaktan kurtulur (Hidaye, İnâye)

(Malikî'lere göre terhin edilen hayvanın üzerinde terhin zamanında mevcut yünü ve rehn verilen cariye'nin rahminde mevcut yavrusu ve hurma ağacının yanında mevcut fesilesi rehne dahil olur. Fakat rehnin galle'si; meselâ südü, semeresi, doğan yavrusu, arıların balı, akarın veya hayvanın kira bedeli gibi şeyler rehne dahil olmaz. Meğerki bunların rehne dahil olması meşrût olsun. O zaman bunlar da dahil olurlar (Şerh-i Ebilberekât).

(Hanbelî'lere göre de merhun yerlerde hüdayı nabit suretiyle olsun olmasın tenebbüt eden şeyler rehne dahil olur. Çünkü bunlar merhunun nemasından dandır.

Bir borç mukabilinde rehni tezyid sahihdir, fakat bir rehin mukabilinde borcu tezyid sahih değildir. Meselâ : Bir borç mukabilinde bir mal terhin edildikten sonra başka bir mal de terhin edilebilir. Çünkü bu, bir tevsikadır. Fakat bir kimseden istikraz edilen yüz lira mukabilinde bir mal rehin verildikten sonra o kimseden tekrar borç alınan elli lira mukabilinde de o malı rehin göstermek sahih olmaz. Çünkü o mal merhundur, rehniyetle meşguldür. Meşgul ise artık işgal edilemez (Keşşafülkına, Müntehel'iradat).

REHNİN FESH EDİLİP EDİLEMEMESİ :

48 — : Mürtehin, bizzat rehni feshedebilir. Çünkü rehin onun hakkında lâzım değildir. Onu hapis etmek hakkına maliktir, bu hakkını iskat edebilir. Binaenaleyh mürtehin, akdi rehni feshederek merhununu râhine bu fesh üzerine reddedince merhun rehin olmaktan çıkar, artık râhinin elinde telef olsa mukabilinde borcdan bir şey sakit olmaz.

Fakat rehin, bâdelfesh râhine reddedilmedikçe mazmun olmaktan çıkmaz, mürtehinin elinde telef mukabilinde borç sâkit olur. Zira mücerred fesh-i akd ile rehin bâtil olmaz (Ankaravî, Hindiyye).

49 — : Râhin, mürtehinin rızası olmadıkça makbuz olan rehni feshedemez. Çünkü bu rehne mürtehinin hakk-ı hapsi taallûk etmiştir, râhin bunu kendi kendine iskat edemez. Fakat henüz makbuz olmayan bir rehin hakkındaki akdi fesh edip merhununu dâyinine vermekten imtina edebilir.

Bir de râhin, terhin hususunda hiyarı şart ile muhayyer bulunursa bu muhayyerliği esnasında akd-i rehni mürtehinin rızası olmaksızın feshedebilir. Şayet, rehn, bu muhayyerlik esnasında mürtehinin elinde telef olursa mürtehin muhayyer olur, dilerse bu rehni mukabili olan alacağını mahsub eder, onunla mazmun tutar ve dilerse bu rehnin kıymetini tazmin eder. Alacağı olduğu gibi râhinin zimmetinde kalır (Bezzaziyye).

50 — : Râhin ile mürtehin, akd-i rehni kendi rizalariyle bilittifak feshedebilirler. Maamafih bu halde de mürtehin, o rehn mukabilindeki alacağını râhinden istifade edinceye kadar merhununu yanında hapsedebilir. Ve merhun yine o alacağına karşılık bulunur. Merhun mürtehinin elinde mevcut, borç da râhinin zimmetinde sâbit oldukça merhundan rehn hükmü sâkit olmaz. Fakat mürtehin, alacağını râhine hibe ederse veya bu alacağından râhini ibra eylerse artık rehni yanında hapis edemez.

51 — : Akd-i rehin, bazen bir muamele zımında münfesih olur.

Meselâ : Mürtehin merhununu râhinin emriyle başkasına kiraya verip teslim etse icare sahih olup akd-i rehn münfesih olur.

Kezalik : Râhin, mürtehinin izniyle merhununu ahire icar ve teslim etse akd-i rehn münfesih olur.

Kezalik : Râhin, merhunu mürtebine satsa akd-i rehn münfesi olur. Hattâ bundan sonra bu bey'i ikalede bulunsalar bile rehniyyet avdet etmez. Meğer ki, yeniden bitterazi akd-i rehnde bulunsunlar (Hamevî, İbni Nüceym fetavâsı)

(Malikî'lere göre râhin, henüz mürtehin tarafından kabz edilmemiş olan merhunu satsa beyi caiz, rehn münfesi olur. Fakat kabz edildikten sonra satışa bakılır : Eğer borcdan aza satmış veya borc beyiden münbais uruz kabîlinden olup daha müddeti hulûl etmeden satmış olsa mürtehin bu bey'i red edebilir. Fakat râhinin semeni borca kifayet ettiği veya kifayet etmediği halde bakiyyesini râhin ikmâl eylediği, borc da mutlaka ayin veya karzdan münbais araz bulunduğu takdirde mürtehin bu satış muamelesini red edemez.

Bir de mürtehin, rehni satılmasına icazet verires alacağı rehni semeninden teaccül eder, borca kifayet etmezse mütebâkisiyle de râhine müracaatte bulunur (Muhtasar-ı Ebizziya, Şerh-i Ebilberekât).

(Şafii'lere göre de mürtehin tarafından kabz edilen rehnde mürtehinin izni olmadıkça râhinin bey'i, vakıf, başkasına terhin gibi mülkü izale edecek tasarruflarda bulunmaya hakkı yoktur. Ancak râhin müsir olduğu takdirde rehni bırakmış olduğu köle veya cariyesini azad edebilir. Ezhar olan kavle göre bu itak muamelesi nafiz olur. Bunun azad edildiği gündeki kıymeti râhinin rehin olarak mürtebine teslim etmesi icap eder.

Fakat râhin fakir ise bu itak muamelesi nafiz olmaz. Hattâ bilahare borcu eda olursa da yine nafiz olmaz. Çünkü bu muamele, maniin vücuduna mebnî lâğv bulunmuştur.

Kezalik : Borc halo'lsa veya icare müddetinin inkizasından evvel hulûl edecek olsa râhinin merhunu icareye vermesi de nafiz olmaz (Tuhfetülmuhaç)

(Hanbelî'lere göre de râhin, merhunu ya mürtebine veya mürtehinin izniyle başkasına icar veya iare etse rehni lüzûmu yine devam eder, bununla mürtehinin kabzı fâsid olmaz. Şu kadar var ki, iare takdirinde merhun müsteir üzerine mazmun olur, bu müsteir ister merhun olsun ve ister başkası olsun. Çünkü ariyetler mazmundur.

Makbuz olan bir rehinde râhinin hibe, vakıf, bey'i, başkasına terhin, mehir veya talâka bedel itâsı gibi tasarrufları sahih olmaz. Çünkü bunlar, mürtehinin vesikadaki hakkını iptâl eder. Bundan itak meselesi müstesnadır. Bu mââtta hrim nafizdir, velevki râhin mu'sir olsun. Râhin mu'sir ise azad ettiği merhun köle veya cariyesinin azad ettiği gündeki kıymetini rehn olmak üzere vermeğe mecbur olur.

Fakat mu'sir olup bilâhare müsir olsa bakılır : Eğer borcun vakti henüz hulûl etmemiş ise kendisinden azad ettiği rakikin kıymeti alınarak rehin yerine konulur. Vakti hulûl etmiş ise râhinden yalnız borcunu ödemesi taleb olunur. Mürtehin, râhinin tasarruflarına izin verse rehniyyet bâtıl olur (Keşşefülkına).

(Kütüb-i fıkhiyyemizde ve Mizanülkübra'da yazıldığı üzere İmamı Azam ile İmam Ahmed'e göre merhunun itakı her halde nafiz olur. Fakat İmamı Azama göre merhun olan rakik, mevlâsı mu'sir olunca mürtehin için kıymeti hususunda kazanç sahasına atılır. Mevlâsı mûsir olunca da onun kıymetine düşen borç miktarını rehin olarak mürtehine vermesi lâzım gelir. Mezheb-i Hanbelî'ye nazaran mevlâ mu'sir olunca azad edilen rakik istisa ile mükellef olmaz. Yani : Kıymeti miktarına göre borcu ödemek için kazanç sahasına atılması icap etmez.

Merhun olan sair mallarda râhinin tasarrufu caiz olmadığı halde köleler, cariyeler hakkında caiz, nafiz olması, İslâm Hukukunun hürriyete, insanları esaretten kurtarıp hürriyete kavuşturmaya ne kadar hadim olduğunu göstermektedir. Vakıa Şeriat-ı İslâmiye, kendi müntesiblerini rakikler, esirler hakkında daima şefkat ve merhamet göstermeğe teşvik etmekte, bunları azad etmeği ibadet ve kurbet saymaktadır.)

(Zahiri'lere göre de rehin ölse, telef olsa, bozulsa, köle olup kaçsa, cariye olup efendisinden gebe kalsa veya azad edilse veya rahin satsa veya birisine hibe veya tasadduk etse veya mehr verse bütün bunlar nafiz olup rehin bâtıl = Münfesihi olur. Mukabili olan borç alâhalihi kalır, râhin bu rehne mukabil bedel olarak başka rehin vermekle mükelef olmaz. Çünkü bu hususta bir emri şer'i yoktur. Zimmetler ise esasen beriedirler. Meğer ki adem-i beraeti hakkında Kuran'dan veya hâdisden bir nas bulunsun. Râhin ise malında tasarrufdan menedilemez. Meğer ki râhinin borcunu vermesi için başka malı bulunmasın. Bu takdirde itakı, hibesi, sadakası bâtıl olur. Nitekim bir hâdis-i şerif'de (الصدقة عن ظهر غنى) buyurulmuştur. Fakat bey'i ve mehr vermesi yine bâtıl olfaz (Elmuhallâ).

RÂHİNİN, MÜRTEHİNİN VEYA REHNİN TAADDÜDÜ :

49 — : Râhinin, mürtehinin veya rehnin müteaddit olması caizdir. Şöyle ki: Bir borç mukabilinde müteaddit malları bir akd ile veya tezyit suretiyle terhin caiz olduğu gibi müteaddit kimselere olan borç mukabilinde de bir malı bir akd ile terhin caizdir.

Kezatik : Müteaddit kimselerin bir malı borçları mukabilinde bir kimseye veya müteaddit kimselere bir akd ile terhin etmeleri caizdir. Nitekim aşağıdaki meselerlerde izah edilmiştir. Tezyid-i rehn için (46) ıncı meseleye müracaat!.

50 — : Bir medyunun iki dâyinine bir malını bir safka = Akd ile rehin vermesi caizdir. Bu dâyinler, gerek o deyinde müşterek olsunlar ve gerek olmasınlar. Bu bir rehin o iki deynin mecmuu mukabilinde merhun olmuş olur. Bu iki deynin ikisi de ödenmedikçe rehn olmaktan kurtulmaz. Çünkü bir safka ile yapılmış, borcun mecmuuna izafe edilmiştir.

Bu rehin, kabili taksim ise dâyinlerden her biri o rehin hissesine düşeni bizzat hıfz eder. Şâyed dâyinlerden biri kendi hissesini bizzat hıfz etmez, diğer dâyin elinde bırakır da onun elinde telef olursa İmamı Âzama göre bu hissesini zaman-ı gasb ile zâmin olur. Bunu başkasına vermekle müteaddi sayılır. *

Fakat bu rehin kabili taksim olmazsa bunu dâyinler ya münavebeten hıfz ederler, her biri kendi nöbetinde diğerinin adli = Emmini mesabesinde bulunur. Yahud birisin izniyle diğeri bu rehni yanında muhafaza eder.

Medyun, bu dâyinlerden birine borcunu ödeyince rehlin tamamı diğer dâyin yanında kalır. Şâyed bu rehin, bu mürtehinlerin yanında iken telef olsa vakt-i kabzdaki kıymeti mürtehinlerin alacakları nisbetinde mazmun olur.

51 — : Bir kimsenin iki veya daha ziyade şahısta olan alacağı için bunlardan bir akd ile bir rehin alması caizdir. Bu rehn bu alacakların mecmuuna mukabl merhun olmuş olur. Bu rehin o borclular arasında müşterek olsun olmasın. Yalnız birine aid olursa diğerlerine nazaran bir rehn-i müstear olmuş olur.

Binaenaleyh bu medyunlardan biri borcunu tediye etse de rehlin bir kısmını tahlis edemez. Şu kadar var ki böyle râhinlerden biri borcunu verdikten sonra rehin, mürtehinin elinde telef olsa o rehlin kıymetinden o borca isabet eden miktarı mürtehindan geri alır.

52 — : Rehni birriza tebdil caizdir. Şu kadar var ki mürtehin ikinci rehni kabz edib birinci rehni râhine reddetmedikce birinci rehin rehniyetten çıkmaz. Reddedince ikinci rehin, merhun olur (Hindiyye).

53 — : Dâyin, medyundan rehin aldığı gibi o medyunun kefilinden de bilâhare ayrıca rehn olsa da bu iki rehinden her biri borca kâfi bulunduğu halde ikinci rehin telef olsa borcun yarısı sâkit olur. Fakat İmam Ebû Yusuf'a isnad edilen diğer bir kavle göre eğer kefil, birinci rehinden haberdar değilse bu ikinci rehlin telef olmasıyla borcun tamamı sâkit olur. Demek ki bu takdirde bu rehin, o borcun tamamına müstakillen, münferiden terhin edilmiş sayılıyor (Hindiyye).

54 — : Bir medyun bir malını iki dâyinine veya bir dâyin başka başka alacakları mukabilinde ayrı ayrı akidler ile terhin eylese akidler fâsid olur. Hattâ bir malın yarısını borcun bir miktarına karşı rehn ettikten sonra diğer yarısını da oborcun mütebâki miktarı için rehn eylese şuyû husûle gelmiş olduğundan her iki akid de fâsil olmuş olur. Bu takdirde bu rehin, mürtehinin elinde emanet sayılır, telefı takdirinde mürtehne zaman lâzım gelmez. Meğer ki kendisinden iadesi istenildiği halde iadedden imtina etmiş olsun, o halde merhunun kıymetini zaman-ı gasb ile zâmin olur.

Kezalik : Bir mal iki dâyne bir akd ile terhin edilmekle beraber her birinin rehinden olan hissesi tasrih edilse, meselâ bu malın üçde ikisi bir borc, üçde biri de diğer borç mukabilinde terhin edildiği söylene akdi rehn fâsid olur (Hülâsa, Hindiyye, Ankaravî).

(Malikî'lere göre evvelce de yazmış olduğumuz vechile bir mal bir borc mukabilinde rehin verildikten sonra borcdan zaid kıymeti de diğer bir borc mukabilinde rehin gösterilebilir. Binaenaleyh bir mal evvelâ bir borc, sonra da başkasına olan diğer bir borc mukabilinde terhin edildikde bakılır: İkinci borcun müddeti daha evvel hulûl edince bu rehin, kabili kısmet ise iki borc arasında taksim olunur. Evvelâ birinci borc için kifayet edecek miktarı verilir, mütebâkisi de ikinci borca tahsis edilir. Meğer ki mütebâkisi ikinci borcdan ziyade olsun, o halde bu rehinden ikinci borca kifayet miktarı verilir, rehlin bakıyyesi tamamen birinci borc mukabilinde rehn olarak kalır.

Fakat merhun kabili kısmet değilse satılır, semerinden her iki borc birlikte ödenir. Birinci borcdan fazlaya satılamıyacağı takdirde ise bu borcun zamanı hulûl edinceye kadar satılmaz.

Birinci borcun müddeti daha evvel hulûl edince de rehin, kabili taksim ise taksim olunur, değilse satılır, evvelâ birinci borc, sonra da bakıyyesinden ikinci borc ödenir.

İki borcun zamanı müsavi olunca da merhun satılır, taksim cihetine gidilmez. Çünkü bu taksim, çok kere noksan bir semen ile satılmaya müeddi olur (Düsûkî).

MERHUNUN MASRAFLARI :

55 — : Mürtehin, merhunu bizzat hıfz edeceği gibi emin olan zevcesi, oğlu gibi iyaline ve müfaveze veya inan suretiyle şerikine veya aylık veya senelik ücretle isticar etmiş olduğu emin hizmetçisine hıfz ettirebilir.

Kezalik : Bir kadın almış olduğu rehni kocasına hıfz ettirebilir. Binaenaleyh merhun bunlardan birinin yanında telef olsa zaman lâzım gelmez. Fakat bunlardan başkasının yanında hıfz ettirilse telefî takdirinde mürteherine zamanı gasb lâzım gelir.

Bazı fukahaya göre merhunu muhafaza edecek emin, mürtehinin iyalinden bulunmalıdır, yani : Onunla beraber bir yerde sâkin olmalıdır. Bu şarttır. Binaenaleyh mürtehin, merhunu iyalinden bulunmayan bir emine hıfz ettirir de merhun zayı olursa mürteherine zamanı gasb lâzım gelir. Mecelle'de bu kavle itibar edilmemiştir.

56 — : Merhunun muhafazasına mahsus kira ve bekçi ücreti gibi masrafları mürteherine aittir. Veleve ki bu masraflar merhunun kıymetinden fazla olsun ve merhun gerek mürtehehinin ve gerek adlin elinde bulunsun. Çünkü merhunun muhafaza menfaati mürteherine aiddir. Hattâ merhunun muhafazası için râhinin mürteherine ücret vermesi şart edilse buna itibar olunmaz. Zira merhunu hıfz etmek mürtehehin üzerine zaten vacibdir, bu rehn onun elinde kendi malı menzilesindedir.

57 — : Merhunun aynını ibka veya menafiini islâh için yapılacak masraflar râhine aiddir. Meselâ: Merhun hayvanın yemi ve suyu, çoban ücreti, merhun akarın tâmiri, merhun bahçenin sulanması, merhun hurma ağaçlarının telkihi = Aşılması ve otlarının ayıklanması, merhun değirmen harkının temizlenmesi gibi masraflar râhine lâzım gelir. Çünkü merhun da, onun menafii de esasen râhinin mülküdür.

Merhunun vergisi, öşrü, haracı da râhine aiddir. Çünkü bunlar mülkün meunetidirler.

58 — : Merhun hayvanın firarı halinde mürtehehinin eline iadesi ücreti mürteherine aid olacağı gibi bu hayvanın hastalıklarından ve yaralarından dolayı muaceles de mürteherine aiddir. Şu kadar var ki, merhunun kıymeti borcdan fazla olursa bu fazla mürtehehinin elinde emanet olacağından buna isabet eden iade ücreti râhine lâzım gelir.

Meselâ : Borcun miktarı on lira, hayvanın kıymeti ise otuz lira olup iadesi için üç lira sarf edilse bunun bir lirasını mürtehehin, iki lirasını da râhin verir. Çünkü emanet miktarı merhunun üçde ikisine muadildir (Haniyye, Lisanülhükâm).

59 — : Râhin ile mürtehinden birisi diğerine aid olan masrafı kendi kendine, yani: Hâkimin veya başkasının emri olmaksızın yapsa bunu teberruan yapmış olur, diğerinden isteyemez. Çünkü bir kimse, başkasına aid bir masrafı onun emri veya hâkimin izni olmaksızın yaparsa müteberri sayılır.

Fakat râhin ile mürtehinden biri diğerine aid bir masrafı onun emriyle yaparsa ona rücu edebilir. Kezalik : Bunlardan biri kendisine aid masrafı yapmaktan kaçınmakla diğerinin müracaatı üzerine hâkim ona rücu etmek üzere, yani: Onun için bir borc olacağını tasrih ederek kendi malından yapmak için bu müracaat edene izin verirse bu, yapacağı masrafı ondan alabilir. Masraftan kaçınan, gerek hazır ve gerek gaib olsun müsavidir.

Bu mesele, İmam Ebû Yusuf'a göredir. İmamı Âzama göre kaçınan, hazır ise hâkimin bu hükmü onun hakkında muteber olmayacağından üzerine yapılacak masraf ile rücu edilemez. Çünkü hazır olanı hükmin hacre salâhiyeti yoktur, bu babdaki izni nafiz olsa onu hacretmiş olur (Zeylei, Reddimuhtar).

60 — : Mürtehin, râhinin imtinâna binaen hâkimin izniyle merhuna masrafda bulunsa bu masraf bedelini almak için de rehni elinde hapsedebilir. Ve bu merhun mürtehinin elinde telef olup kıymeti borc ile bu masrafa tekabül eylese hem borc, hem de bu masraf bedeli sâkit olur.

Fakat diğer bir kavle göre mürtehin, yaptığı masraf bedelini istifa için bu merhunu hapis edemez (Bezzaziyye, Hindiyye, Reddimuhtar, Mecelle).

'Maliki'lere göre mürtehin, merhuna yaptığı infaktan dolayı râhine rücu eder. Bu râhinin zimmetinde ayrıca bir borc olur, merhun bu borc mukabilinde de rehin olmuş olmaz. Asıl borc ödenince merhun rehniyyetten çıkar. Mürtehin, bu infakından dolayı alacağı hususunda râhinin diğer alacaklılarından beri olur. Meğer ki râhin, merhunun nafakası için de rehin olacağını tasrih etmiş olsun (Şerh-i Ebilberekât).

(Şafii'lere göre merhunun aynini ipkaya sebep olan meuneti merhunun mâliki üzerine lâzım gelir. Râhin, mürtehinin hakkını muhafaza için bu meuneti vermeğe mecburdur. Merhunun hıfzına, su verilmesine, kurutulmasına aid ücretler de bu meunet kabilindendir (Tuhfetülmuhtaş).

(Hanbeli'lere göre de merhunun taâmına, kisvesine meskenine, muhafazasına, tedavisi ücretine, saky ve telkihine, teçhiz ve tekfinine aid bütün masrafları râhine aiddir. Maamafih râhin, merhunun müdavaına cebr edilemez.

Mürtehin, râhine rücu etmek için râhinden istizana kaatir olduğu halde istizan etmeden merhuna infakda bulunsa müteberri sayılır. Çünkü istizan elememekle tefritte bulunmuş olur. Rücuda muaveze mânası vardır. Bu cihetle sair muavezat gibi izin ve rizaya muhtaç bulunur (Neylül'mearib).

ÂRIYET ALINIP VERİLEN REHİNLER = REHN-İ MÜSTEAR :

61 — : Bir kimse, başkasının malını ondan âriyet alarak onun izniyle kendi borcu mukabilinde rehin verebilir. Buna «Rehn-i müstear» denir. Bu rehni sahibi bir şey ile takyid etmeyip mutlak surette vermiş olunca müsteir, bunu dilediği vechile az çok bir borc mukabilinde terhin edebilir.

Fakat bir kimse başkasının malını izni olmaksızın birisine rehin verirse gasıb olmuş olur. Bu takdirde mal sahibi akd-i rehni fesh ederek merhunu istirdat edebilir. Bu rehni, mürtehinin elinde telef olmuş veya istihlâk edilmiş olunca sahibi muhayyerdır, bunu dilerse râhine ve dilerse mürteherine tazmin ettirir (Haniyye, Hindiyye).

62 — : Rehni verilmek üzere istiâre olunan malın terhin edilmesine sahibi — Şu kadar kuruş veya şu cins mal mukabilinde veya filân şahsa ve yahut filân beldede rehin ver — diye mukayyeden izin verse müsteir bunu ancak o

vechile terhin edebilir. Sahibinin kayd ve şartına muhalefet edemez. Meselâ şu kadar kuruştan ne fazla, ne de noksan bir borc mukabilinde rehin veremez: Çünkü muîr, kendi mülâhazasına göre malının terhin edilmesini bu gibi bir kayd ile takyid etmiştir, ona muhalefete râhinin hakkı yoktur. Ezcümle tâyin edilen miktardan fazla bir borc mukabilinde terhin edilmesi, borcun vaktiyle verilemeyeceğinden dolayı merhunun rehniyyette fazla kalmasını intaç edebilir. Noksan miktar bir borca karşılık olarak terhin edilmesi de merhunun telefî takdirinde yalnız borc miktarıyla mazmun olacağından, tâbr-i aharla muîr o malının tam kıymetini râhinden alamayacağından muîrin zararını müstelzim olur.

63 — : Bir kimse başkasından istiâre ettiği malı, muîrin dermeyeran ettiği kayd ve şarta muhalif surette terhin etse gasıb sayılır. Bu halde muîr muhayyerdır, dilerse akd-i rehne icazetverir ve dilerse bunu râhinin huzurunda mürtehinden dâva ederek akd-i rehni fesh ile merhunu istirdad eder. Bu mal telef olduğu takdirde de misliyyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini dilerse müsteire ve dilerse mürteherine tazmin ettirir. Mürteherine tazmin ettirince o da bununla râhine rücu eder, hem bunu, hem de asıl alacağını ondan tamamen istifa eyler:

64 — : Rehn-i müsteâr, râhinin elinde terhinden evvel de muîrin itlâk ve takyidi vechile terhin edildikten sonra emanet hükmünde bulunur. Şu kadar var ki, böyle rehin verilmiş olduğu müddetce borc mukabilinde mazmun bulunur.

Binaenaleyh bu rehin, mürtehinin elinde telef olsa kıymeti miktarı borc sâkit olur. Mal sahibi, yani muîrde bu rehin mukabilinde borcdan ne miktar sâkit olmuş olursa yalnız o kadarını müsteirden alabilir. Fazlasını alamaz. Çünkü o, yine emanet bulunmuştur.

65 — : Râhin, müsteâr olan rehni fekketmekden âciz olmakla muîr, râhinin borcunu ödese rehnin helâki takdirinde borcun ne miktarı sâkit olacaksa o miktar ile müsteire rücu edebilir. Fazlasıyla edemez.

Meselâ : Râhin, yüz lira kıymetinde olan rehn-i müsteârı muîrin izniyle iki yüz lira miktarı borcu mukabilinde terhin etmiş olsa muîr, bu iki yüz lira borcu ödeyince müsteire ancak rehnin kıymeti olan yüz lira ile rücu edebilir.

Mürtehin, alacağını alıp rehni muîre teslim etmekten imtina edemez, bunu kabule icbar edilir (Kadihan, Mecelle, Dürerülhukkâm).

(Malikî'lere göre de rehn için başkasının malını istiâre caizdir. Müsteir borcunu ödemezse bu rehn satılıp semeninden borc ödenir. Bu halde muîr, bunun istiâre günündeki kıymetiyle müteire rücu eder. Borcu ödeme için satıldığında kıymeti daha fazla olsa bu fazla miktar müsteire aid olur. Müsteir, bu rehni vaktiyle selef tarikiyle satın almış gibi sayılır.

Bir kavle göre de muir, müsteire o malın terhin günündeki kıymetiyle rücu eder. Diğer bir kavle göre de borc için satıldığı gündeki kıymetiyle rücu eyler.

Meselâ : Borc yüz lira olduğu halde rehin yüz elli liraya satılrsa yüz elli lira ile rücu edilir. Bilâkis yüz elli lira olduğu halde merhun yüz liraya satılrsa müsteirin muire yüz lira vermesi lâzım gelir, velevki onun terhin veya istiâre günündeki kıymeti daha fazla veya daha noksan olsun (Şerh-i Kebir, Düsûki).

Şafii'lere göre de rehin vermek için başkasının malını âriyet almak caizdir. Bu müstear mal, bir kavle göre rehin verildikten sonra da âriyet hükmünde olarak mazmun bulunur. Ezhar olan diğer bir kavle göre ise badetterhin mazmun olmaz. Şöyle ki: Bu mal, râhinin elinde telef olsa bunu zâmin olur. Çünkü o müsteirdir. Fakat mürtehinin elinde telef olsa ne râhine, ne de mürtehine zaman lâzım gelmez. Zira mürtehin emindir. Bu halde borc râhinin zimmetinden sukût etmiş olmaz.

Bir mal, rehin verilmek için âriyet alınacağı zaman borcun cinsini, miktarını, sıfatını ve mürtehinin kim olduğunu söylemek şarttır. Çünkü bunlara göre gazez ihtilâf eder, muir ona göre malını iâre eder.

Müstear rehni mürtehin kâbz ettikten sonra artık sahibi istirdada kıyam edemez. Çünkü aksi takdirde rehin almakta bir faide bulunmamış olur.

Borcun vakti hulûl ettiği halde tediyesi cihetine gîdilmezse müstear rehlin satılması için muire müracaat olunur. Borcu ödemeyip malını kurtarmazsa o mal hâkim tarafından satılır, muir de bu mal ne ile satılmış ise onunla müsteire rücu eder (Tuhfetülmuhâc).

Hanbeli'lere göre de merhunun müstear bir mal olması caizdir. Bu halde merhun telef olsa bunu yalnız müsteir zâmin olur. Çünkü âriyetler mutlaka mazmundur (Keşşafülkına).

(Zâhiri'lere göre ise bir kimse, kendi borcu için ne bir yabancının ve ne de zevcesinin veya büyük, küçük evlâdının bir malını terhin edemez. Mal sahibinin ister rızası olsun, ister olmasın. Çünkü merhunu irtihandan çıkarmak caiz olmaz, ancak ya râhinin mülkünden çıkmasıyla veya helâkiyle, veya rehin zamanındaki isminin değişeceği veçhile istihâleye uğramasıyla veya mukabilinde terhin edildiği hakkın ödenmesiyle rehniyyetten çıkar. Artık râhin için âriyet verilen bir mal hakkında bütün bunları başkasının iltizam etmesi bir şarttır ki bu, kitabullahda mezkûr değildir. Binaenaleyh bu iltizam bâtıldır. Malını terhin için âriyet verecek bir şahıs, o malı dilediği vakit istirdad edebilir. Çünkü onun hakkında rehinlere mahsus hüküm cari olmaz (Elmu-hallaâ).

(İ K İ N C İ B Ö L Ü M)

REHİNLERE AİD HÜKMLER VE İHTİLÂFLAR HAKKINDADIR

İÇİNDEKİLER: SAHİH REHİNLERİN HÜKMLERİ. FASİD VEYA BATIL REHİNLERİN HÜKMLERİ. RAHİN İLE MÜRTEHİNİN MERHUNDA TASARRUFLARI. YED-İ ADLDE OLAN REHİNLERİN HÜKMLERİ. MEHUNUN SATILIP SATILMAMASI.

REHİNLERE AİD İHTİLÂFLAR.

SAHİH REHİNLERİN HÜKMLERİ :

66 — : Bir rehin sahihen akdedilince mürtehin, alacağını istifa edinceye kadar merhununu elinde haps ve imsâke müstahik olur, ve râhin vefat ederse mürtehin sair garimlerden ehak olarak merhundandan ilk evvel kendisi alacağını istifa eder. Merhun borca kifayet etmezse mürtehin, râhinin sair terekesine müracaat ederek başka alacaklılar var ise onlar ile beraber terekeden alacağı nisbétinde hisse alabilir. Merhundandan fazla bir şey kalırsa o da râhinin vârislerine veya sair garimlerine aid bulunur.

Hâsılı mürtehin, râhinin hayatınd amerhuna râhinin sair alacaklılarından ehak olduğu gibi vefatından sonra da ehaktır (Bedayi, Mecmaül'fetâvâ).

67 — : Rehiner, fekkedilebilir. Bir rehnin fekkedilmesi, borcun râhin tarafından veya vârisleri ve yahut teberruan başkaları tarafından ödenmesiyle veya mürtehinin râhini borcundan ibra veya alacağını ona hibe edip onun da kabul etmesiyle husûle gelir.

68 — : Bir kimse, bir şahısdaki müteaddit alacaklarının her biri mukabilinde başka bir rehin almış bulunsa her rehn hakkında mukabil olduğu borca göre muamele yapılır. Bir rehnin mukabili olan borc verilince o rehin, rehin olmaktan çıkar, diğer borclara karşılık olarak tevkif edilemez. Artık bu rehin hakkında mürtehin ile râhinin sair garimleri müsavi bir vaziyette bulunurlar.

69 — : Rehnin mevcudiyeti, karşılığı olan borcun râhinden mutalebesi-ne mani olmaz. Borc, muaccel ise derhal ve müccel ise vakti gelince onu râhinden istemeğe mürtehinin salâhiyeti vardır. Bu halde râhine borcunu vermesi için emir olunabilir. Meğer ki râhin, merhunun salimen mevcut olduğunu itiraf etmesin. O halde merhunun — ihzarı masrafa muhtaç değilse hâkimin emriyle — mahkemeye ihzar edilmesi lâzım gelir. Fakat masrafa muhtaç ise râhin talep ettiği takdirde mürteherine merhunun telef olmadığına dair yemin teklif eder.

70 — : Evvelâ borç tediye edilmedikce rehnin râhine iadesi icap etmez. Çünkü rehin, vesikadır. Borcun tediyesinden evvel iadesi icap etse onun vesikalığı iptâl edilmiş olur.

71 — : Rehin, borcun tamamına tekabül eder, bir kısmının ödenmesiyle rehnin kısmen iadesi lâzım gelmez, belki borcun bakiyyesi de tamamen ödenmedikce mürtehin, rehnin bir kısmını iadeye mecbur olmaz, yine tamamını hapse salâhiyeti vardır. Fakat mürtehin isterse rehnin bir kısmını veya tamamını râhine reddedebilir.

72 — : Terhin edilen iki şeyden her biri için borcdan bir miktar tâyin edilmiş olursa o miktarın tediyesi halinde ona mukabil olan rehnin râhine iadesi lâzım gelir.

Meselâ : Borc alınan yüz lira mukabilinde bir hali seccade ile bir saat, bir akd ile rehn ve teslim edilip halı için yetmiş, saat için de otuz lira tayin edilmiş bulununca râhin yetmiş lirayı verince ona mukabil olan seccadeyi, otuz lirayı verince de saati istirdad edebilir.

Fakayt bu iki rehinden herbiri için böyle borcdan bir miktar tâyin edilmiş olmazsa borcun tamamı verilmedikçe bunları geri almaya râhinin hakkı olmaz.

73 — : Rehnedilmesine mutlak surette izin verilmiş olan müsteâr bir rehni tahlis ile kendisine teslim etmek için muîrin, müsteîr olan râhine emretmeğe salâhiyeti vardır. Amma iâre br vakt ile mukayyed bulunmuş olursa vakti hulûl etmedikce, muîr rehni kurtarıp kendisine aide etmesi için müsteîri muahaze edemez.

74 — : Rehni, müsteârin rehniyeti, ne muîrin, ne müsteîrin ve ne de mürtehinin vefatıyla bâtıl olmaz. Binaenaleyh bu rehin, mukabili olan borc tamamen ödenmedikce rehniyyetten kurtulamaz. Çünkü buna muîrin rizasıyla mürtehinin hakkı taâllûk etmiştir (Kadıhan).

75 — : Müsteîr olan râhin müflisen — Asla malı olmaksızın vefat etse rehn-i müsteâr; mürtehinin elinde hali üzere merhun olarak kalır, bu rehn, karşılığı olan borc tamamen ödenmedikce mürtehindan alınamaz. Ve bu rehn, muîrin rizası olmadıkca da satılamaz. Çünkü bu rehin, onun mülküdür. O, bu rehnin yalnız hapsine razı olmuştur, satılmasına razı olmamıştır. Fakat muîr, bunu satıp bununla borcu ödemek isterse bakılır: Eğer bu rehnin parası borca yetişirse mürtehinin rizasına bakmaksızın satabilir. Yetişmezse mürtehinin rızası olmadıkca satamaz. Zira ilerde rehni kıymetinin artması veya borcun tamamını muîrin ödemesi melhuzdur (Dürrümuhtar, Hindiyye).

76 — : Rehni âriyet veren, borcu terekesinden daha çok olduğu halde vefat etse râhine kendi malından borcu ödeyerek bu müsteâr rehni tahlis ile sahibine reddetmek üzere emrolunur. Eğer râhin, yoksulluğu yüzünden borcunu

tediyeden aciz bulunursa o rehn hali üzere mürtehinin elinde merhun olarak kalır. Şu kadar var ki, müirin vârisleri, borcu ödeyerek onu rehniyyetten çıkarabilirler.

Müirin garimleri bu rehlin satılmasını isterlerse bakılır : Semeni mürtehinin alacağına kifayet ederse mürtehinin rizasına bakmaksızın satabilirler. Kifayet etmezse mürtehinin rizası olmaksızın satamazlar (Dürrümuhtar).

77 — : Müsteir olan râhin, fakri sebebiyle borcunu ödemekten aciz oldu ğu takdirde müir, o borcu kendi malından mürtehine vererek onu rehniyyetten tahlis edebilir. Müir, malını kurtarmak için bu borcu vermeğe mecbur olduğundan müteberri sayılmaz. Belki bu rehlin mürtehin elinde helâki takdirde borcdan ne miktar sâkit olacak idiye o miktar ile müsteire rücu eder. Fazlasında müteberri olur (Mirat-i Mecelle).

78 — : Mürtehinin elindeki rehlin, taaddisi ve taksiri olmaksızın telef olsa yevm-i kabzındaki kıymeti miktarı borcdan sâkit olur. Rehlin kıymeti noksan olunca borcun mütebâki kısmını da mürtehin alır. Rehlin kıymeti zâid olunca ziyade miktarı mürtehinin elinde emanet bulunmuş olduğundan bunu zâmin olmaz. Amma taaddisi veya taksiri bulunursa bu ziyadeyi de zâmin olur. Rehlin kıymeti borca müsavi olunca da mukabilinde borcun tamamı sâkit olur.

Kezalik : Mürtehinin elinde iken rehne noksan âriz olsa bakılır: Eğer ay-nine âriz olmuş ise bu noksan sebebiyle rehlin kıymetinden eksilen miktar nisbetinde borc sâkit olur. Fakat bu noksan-ı es'ar itibariyle merhunun kıymetine âriz olmuş ise bundan dolayı borcdan bir şey sâkit olmaz (Hindiyeye).

79 — : Merhun, mürtehinin elinde telef olduktan sonra ona bir müstahik zuhur etse muhayyer olur. Dilerse bu merhunun bedelini râhine tazmin ettirir. Çünkü râhin gasıb bulunmuştur. Bu takdirde râhin zâmin olduğu şey ile mürtehine rücu edemez. Ancak râhinden bu merhunun yevm-i terhinindeki kıymeti nisbetinde borc sâkit olur. Çünkü râhin, bu merhuna zamaniyle malik olmuş olur. Müstahik dilerse bu merhunun bedelini mürtehine tazmine ettirir. O da bununla râhine rücu eder, bundan başka alacağını da râhinden ayrıca isteyip istifa eder' Zira râhin tarafından tağrir edilmiş, rehn elinden çıkmıştır (Haniyye, Bezzaziyye).

80 — : Bir kimse, iki şahsa olan borcu için bir rehlin vermiş olsa her iki şahsa olan borcunu tamamen tediye etmedikçe bu rehlini tahlis edemez. Birine olan borcunu tamamen tediye etse bu rehlin, diğer alacaklının yanında yine iki borca mukabil merhun olarak kalır. Bu halde rehlin, bunun yanında telef olsa iki borc nisbetinde mazmun olur. Alacağını istifa etmiş olan dâyin, alacağından rehlin telefı sebebiyle ne miktar sâkit olması iktiza ederse onu râhine red eyemesi lâzım gelir. Fakat ikinci dâyin taaddisi veya taksiri yüzünden telef olsa bu dâyin, bu rehlin misliyyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise itlâf gü-

nündeki kıymetini zâmin olur. Bu takdirde rehlin yevm-i kabızdaki kıymeti, itlâfı günündeki kıymetinden ziyade ise bu ziyade miktar kendi kendine telef olmuş gibi sayılarak iki borc nisbetinde mazmun olur.

Meselâ : Bir altın saat, iki dâyine yüzer lira alacakları mukabilinde terhin edilip birinin alacağı olan yüz lira tediye edilmekle saat diğer dâyinin yanında kalıp bir yüzünden zayi olmakla zamanı gasb lâzım gelse bakılır: Eğer saatin terhin zamanındaki kıymeti iki yüz, zayi olduğu zamandaki kıymeti de iki yüz veya daha ziyade ise ikinci dâyin, bu kıymeti zâmin olur, yüz lirasını alacağına mahsub eder, yüz lirasını veya daha fazlasını da râhine verir. Birinci dâyine bir şey lâzım gelmez. Fakat bu saatin kıymeti terhin = Kabz zamanında iki yüz elli, zayi olduğu zaman iki yüz lira ise ikinci dâyin, bu iki yüz lirayı zamanı gasb ile zâmin olmakla beraber elli lirayı da birinci dâyin ile nisfiyyet üzere zamanı rehn ile zâmin olurlar. Bu ziyada âfet-i semaviyye ile telef olmuş gibi sayılır. Binaenaleyh birinci dâyin kabz etmiş olduğu yüz liradan yirmi beş lirasını râhine iade etmesi icap eder.

81 — : Râhinin, mürtehinin veya her kisinin vefatıyla rehn bâtil olmaz. Binaenaleyh râhin vefat edince bakılır: Vârisleri mükellef kimseler ise onun makamına kaim olurlar, terekeden borcu ödeyerek rehni tahlis etmeleri lâzım gelir. Amma vârisler çocuk veya mecnun gibi gayrı mükellef iseler veya mükellef olup da gaib, yani: sefer müddetinden uzak bir yerde iseler müteveffa râhinin vasiyyi muhtarı veya vasiyyi mensubi mürtehinin izniyle rehni semeni misliyle satar, bununla borcu tediye eder. Fakat mürtehin, razi veya rehlin semeni borca kâfi olmadıkça rehni satılamaz. Çünkü rehlin semeni borca kifayet etmediği takdirde ileride kıymetinin artması mülâhazasile bu rehni sattırmakdan imtinaa mürtehinin hakkı vardır.

Mürtehin vefat edinde de rehlin, onun vârisleri yanında yine rehn olarak kahr (Bezzaziyye, Mecelle, Dürerülhukkâm).

(Maliki'lere göre de rehlin başlıca hükmü, mürtehinin hakkını rehinden istifa etmesi ve bu istifa zamanına kadar rehni elinde hapis edebilmesidir. Râhin borcunu ödemek için rehni satmaktan imtina ederse hâkim, satar.

Râhin gaib olup borc ile rehlin sâbit olunca da hâkim, rehni satar, velevki râhinin rehinden başka bir malını satmak evlâ olsun. Çünkü mürtehinin hakkı rehlin aynine taâllük etmiştir.

Râhin rehni satmaktan imtina etmekle hâkim tarafından hapis, darb edilemez, tehdit de edilemez.

Bir şahsın borcuna mukabil olan bir rehlin, o şahsın elinde kıymeti borcdan fazla olduğu halde telef olsa bakılır: Eğer o rehlin, kabili ihfa bir şey olup telef olduğuna dair beyyine buunmazsa o mürtehin olan şahs, bunun ta-

mam kıymetini zâmin olur. Fakat kabili ihfa bir şey olmaz veya olduğu halde telefine dair beyyine bulunursa bu telefdan dolayı mürteherine hiç bir şey lâzım gelmez, bunun mukabilinde borc da sâkit olmaz.

Kabili ihfa olan bir mal, iki şahsa terhin edildiği halde birinin elinde iken telef olsa da bu telef hakkında beyyinesi bulunmasa elinde bulunan şahsın alacağı mukabilinde telef olmuş olur, fazasını ikinci mürteherine zâmin olmaz. Çünkü bu vaziül'yed olan mürtehin emindir. Bu halde ikinci mürtehin râhine müracaat eder, alacağını ondan ister alır veya kendisine başka bir rehin verilir.

Bir kimse, bir alacağı mukabilinde libas gibi bir malın yarısını rehin aldığı halde o malın tamamını kabz etse de o mal elinde telef olsa bunun kıymetinin yarısını zâmin olur, yarısı hakkında mütemen bulunur.

Borcun bir kısmı tediye edilse veya râhine hibe veya tasadduk edilse de karşılığı olan rehin, müteaddit olsa bile yine tamamen mütebâki borc mukabilinde rehin olarak kalır. Çünkü rehinlerden her biri, her cüz'ü; borcların her biri ve her cüz'ü mukabilinde rehindir. Maamafih olabilir ki, fiatlerinde noksanlık vukua gelir, rehlin bir kısmı mütebâki borca kifayet etmez. Rehlin bir kısmı bilistihkak zabt edildiği takdirde de bakiyyesi borcun tamamı mukabilinde rehin olarak kahr.

Mürtehin, elinde bulunan rehlin telef olduğunu veya sirkat edildiğini veya ihtirak ettiğini iddia etse bakılır: Eğer rehin; silâh, siyab, huliyyat gibi ihfası kabil şeylerden olduğu halde mürtehinin bu iddiasına beyyinesi bulunmazsa veya bir şahidi olduğu halde yemin etmezse bu rehni zâmin olur. Yani: Bunun imsliyyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise irtihan edildiği veya ziya iddia olduğu gündeki kıymetini râhine öder. Velew ki borc ödenmiş veya râhine hibe edilmiş olsun. Velew ki mürtehinin beraeti evvelce meşrut bulunsun. Çünkü bu beraet, bir şeyi vücubundan evvel ıskat demektir ki, muteber olmaz. Ancak eşhebe göre böyle bir şart mevcut olunca mürteherine zaman lâzım gelmez.

Fakat rehin, mürtehinin değil, eminin elinde bulunmuş ise veya rehin, meyva ve ekin gibi olub mevzıları olan ağaçta veya tarlada bırakılmış ise veya rehin, mürtehinin elinde olduğu halde akar, köle gibi kabili ihfa bulunmayan bir şey ise veya mürtehinin iddiasına beyyinesi mevcut ise veya rehlin bulunduğu yer yanıp rehlin de kısmen muhterik olduğu görülüb bilinmekte bulunmuş ise mürteherine zaman lâzım gelmez. Velew ki râhin, bu hallerde de mürteherine zamanın sübûtunu şart koşmuş olsun.

Maamafih mürtehin, iddia ettiği bu telef veya ziya veya ihtiraktan dolayı tahlif de olunur. Bunların ketm ve setr edilmeyip telef, zayi veya muhterik olduklarına dair yemin eder, yeminden kaçınır ise hapis edilir, hapis uzayınca iddiası diyaneten kabul olunur, kabili ihfa olmayan rehinden dolayı kendisine yine zaman lâzım gelmez (Muhtasar-ı Ebizziya, Şerh-i Ebilberekât, Düsûki).

(Şafii'lere göre de rehnin hükmü, borcun tediyesine kadar mürtehinin rehne müstahik olmasıdır. Şöyle ki: Rehin kabz ile lâzım olunca onu yanında tutmak hakkı mürteherine ait olur. Ancak râhinin intifa etmesi için icab eden yerlerde rehn muvakkaten râhine verilir. Rehnin fekki, râhinin borcundan herhangi bir veçhile beri olmasıyla husûle gelir. Borcdan bir miktarı bâki oldukça rehin, münfek olmaz. Meğer ki mürtehin razı olsun.

Maamafih bir borc mukabilinde merhun olan bir tereke, mürtehinin fes-hile münfesiş olarak rehniyyetten çıkmaz. Çünkü rehin, ölünün zimmetinin borcdan beraeti maslahatı içindir, bu maslahat ihlâl edilemez.

Merhun mürtehinin elinde emanettir. Kabili ihfa olsun olmasın bunun âfet-i semaviyye ile telef olmas ile rehniyyet bâtil olur, fakat borcdan bir şey sâkit olmaz. Mürteherine taaddisi bulunmadıkça zaman lâzım gelmez. Nitekim vedia-da da hükm böyledir.

Borcun vakti hulûl ettiği halde tediyesi cihetine gidilmese veya rehnin bozulmasından korkulsa rehnin satılması lâzım gelir. Rehn satılınca semeninden en evvel mürtehinin alacağı verilir. Çünkü onun hakkı sair alacaklılardan evvel rehne taâllûk etmiştir.

Rehni mürtehinin izniyle râhin veya vekili satar. Mürtehin izin vermezse hâkim, mürteherine «Ya izin ver veya râhini alacağından ibra et.» diye emreder. Bilâkis mürtehin satılmasını istediği halde râhin, rehnin satılmasından kaçınsa hâkim, kendisine «Ya borcunu ver veya rehni sat.» diye emreder. Râhin bu kaçınmasında ısrar ederse, hâkim, mürtehinin zararını def için rehni satarak borcu öder.

Rehin verilen bir köle veya bir hayvan kısas veya diyeti müstelzim olacak surette bir ecnebi hakkında cinayette bulunsa bu rehne ilk evvel mecniyyünaleyhin hakkı taâllûk eder, artık bu rehin hakkında kısas icra edilse veya bu rehin diyetten dolayı satılrsa rehniyyeti bâtil olur. Meğer ki satıldığı takdirde semeninden fazla bir şey kalsın.

Mecniyyünaleyhin hakkı bu rehnin şahsına taâllûk etutiği halde mürtehinin hakkı yalnız buna değil, râhinin zimmetine de taâllûk eder, bu cihetle mürtehinin hakkı herhalde mahfuzdur. Binaenaleyh mecniyyünaleyhin hakkı takdir olunur. Çünkü rehnin şahsiyeti mürteherine tahsis edilse mecniyyünaleyhin hakkını istifaya muhal kalmamış olur (Tuhfetülmuhaç).

(Hanbeli'lere göre de mürtehin, kabz etmiş olduğu rehin üzerinde bir hakk-ı hapsi, bir imtiyazı vardır. Fakat rehn henüz kabzedilmeden râhin vefat etse vârisleri kabza izin vermeğe mecbur olmazlar. Fakat izin vermek istedikleri takdirde bakılır: Eğer müteveffanın başka borcu yok ise vârislerinin bu izne salâhiyeti olur, fakat başka borcu da bulunursa vârisleri rehni mürte-

hine tahsis edemezler. Çünkü bu takdirde mürtehinin lüzûm-u hakkında evvel terekeye sair alacaklıların da hakları taâllûk etmiştir.

Bir, de râhinin başka malı bulunmazsa zekâtını merhundan çıkarıp verebilir. Velev ki mürtehin izin vermesin. Çünkü zekât, bu merhunun aynine taâllûk etmiş olur. Nasıl ki cinâyet işleyen merhun bir kölenin vereceği diyet de rakabesine taâllûk eder.

Rehin, telef olsa yerine başka rehin vermeğe râhin mecbur olmaz. Çünkü rehin esasen caizdir, vacib değildir.

Rehin, mürtehinin taaddisi ve taksiri olmaksızın telef olsa mürtehin üzerine bir şey lâzım gelmez ve mukabilinde borc sâkit olmaz. Çünkü rehn, mürtehinin elinde emanettir. Nitekim adlin elinde telef olduğu takdirde de böyledir.

Fakat rehn, mürtehinin taaddisi veya taksiri neticesinde telef olursa bedelini mürtehin tazmin eder, bu bedel rehn makamına kaim olur.

Gaib olan bir râhinin hükmü, hazır olup borcunu ödemekten imtina eden bir râhinin hükmü gibidir. Binaenaleyh bu halde hâkim, rehn satarak borcu ödeyebilir.

Râhin ile mürtehinden biri vefat etse, vârisleri yerine kaim olur (Keşşa fülkına, Neylül'meârib).

(Zâhiri'lere göre de rehin, mürtehinin elinde borcunu istifa edinceye kadar mahbus bulunur. Râhin, borcunun bir kısmını verse bunun mukabilinde rehnin bir kısmını istirdad edemez. Çünkü rehnin tamamı borcun tamamı mukabilinde terhin edilmiştir. Borcun bir kısmının sukutiyle rehnin bir kısmından rehniyyet sâkit olmaz.

Mürtehin, rehnin bozulmasından korkarsa hâkime müracaat ederek o rehni sattırması vacib olur. Hâkim, rehni satınca semenini gaib işe râhin namına tevkif eder, borcun zamanı hulûl etmiş ise mürteherine alacağını bundan verir. Hâkime müracaat kabil olmayan bir yerde mürtehin, bu rehni satabilir. Bir malın ziyana meydan vermez. Bu bir teâvün kabilindendir.

(وتعاونوا على البر والتقوى) âyeti kerimesi bunu natiktir.

Rehnin semeni, rehinden başkadır. Rehni, merhun hakkında akd edilmiştir, semeni hakkında değil. Binaenaleyh bu semen, râhinin sair emvâli gibi bir malı bulunur.

Râhin veya mürtehin vefat edince rehin bâtil olur. Rehni mürtehin vefat edince râhine, râhin vefat edince vârislerine reddetmek lâzım gelir. Müeccel olan borc, muaccel olur. Rehnin semenine mürtehin, sair garimlerden ehak olmaz.

Rehin; mürtehinin hakkıdır. vefat edince vârislerine, garimlerin intikâl etmez. Çünkü yalnız emvâl mevrûs olur, emanetler vekâletler, vasiyetler gibi emvâl kabilinden olmayan haklar mevrûs olmaz.

Râhin ölünce de rehin bâtil olur. Çünkü mürtehin, râhin ile akd-i rehnde bulunmuştur, vârisleriyle değil. Rehni telef olunca mukabili olan borc alâhâlihi kalır, sâkit olmaz, Ebû Seyr, Ebû Süleyman da buna kâildir.

Bir taifeye göre rehn, telef olunca mukabilinde borc tamamen sâkit olur. Borcun miktarı, rehni kıymetinden gerek fazla ve gerek noksân olsun; râhin ile mürtehinden biri diğere bir şey zâmin olmaz. Hasen-i Basrî, İbrahîmi Ne'hai, Şüreyh, Şâbi, Zühri, Katade buna kâildirler (Elmuhallâ).

FÂSİD VE BÂTİL REHNLERİN HÜKÜMLERİ :

82 — : Rehn-i fâsîd ile kabz edilen mal, borcdan mukaddem teslim ve teslim edilmiş olunca rehn-i sahih ile kabz edilen mal hükmünde olur. Şöyle ki: Bir kimse, bir şahısdan istikraz edeceği bir meblâğ mukabilinde o şahsa bir malını fâsiden terhin edib sonra da o şahıs bu meblâğı o kimseye itâ etse de badehû bu rehn mürtehinin elinde telef olsa kıymeti miktarı borc sâkit olur. Ve mürtehin bu rehne râhinin gerek hayatında ve gerek vefatında sair alacaklılarından ehak bulunur. Ve râhin borcunu tamamen ödemedikçe bu rehni fesâdına mebni istirdada kıyam edemez.

83 — : Rehn-i fâsîdın kabzı borca takaddüm etmezse hakkında rehn-i sahih hükmü carî olmaz. Bir kimsenin istikraz ve kabz ettiği bir para mukabilinde bilâhare bir malını fâsiden terhin etmesi gibi. Bu takdirde akd-i rehn fesh edilince mürtehin alacağını alıncaya kadar bu rehni hapis edemez. Ve râhin vefat edince mürtehin bu rehne râhinin sair alacaklılarından ehak olmaz (Hindiyî, Ankaravî).

84 — : Rehn-i bâtil ile kabz edilen mal, mürtehinin veya adlin elinde surf emanettir. Binaenaleyh taaddisi veya taksiri bulunmaksızın telef olsa mukabilinde borc sâkit olmaz, kabz edene zaman lâzım gelmez. Ve bu rehni râhin dilettiği zaman mürtehinden istirdad edebilir, mürtehin vermez de elinde telef olursa kıymetini zaman-ı gasb ile zâmin olur (Camiül'musuleyn, Reddimuhtar).

(Malikî'lere göre de bir malın meçhul bir müddetle veresiye satılması gibi fâsîd bir beyi'den veya borc alınan ceyyid bir para yerine redi para verilmesi gibi fâsîd bir karzdan dolayı rehn verilmesi meşrû olmakla bunun lüzûmu zannedilerek terhin edilen mal, geri alınabilir, velev ki mebi telef olmuş olsun. Bu, bir rehn-i fâsiddir. Şu kadar var ki, böyle bir lüzûm olmadığı halde bu rehn verilse de sonra mebi telef olsa o rehn müşteri üzerine lâzım gelen misli veya kıymet mukabilinde rehn olarak kalır (Şerh-i Ebilberekât, Düsûkî).

(Şafiî'lere göre fâsiden akd edilen rehinlerde zamanın lüzûmu ve adem-i lüzûmu hususunda sahihen akd edilen rehinler gibidirler (Tuhfetülmuhaç).

RÂHİN İLE MÜRTEHİNİN REHİNDE TASARRUFLARI :

85 — : Râhin, mürtehinin izni bulunmadıkça rehni başkasına terhin ede-

mez. Bu terhin bâtildır. Birinci mürtehin, bunu dâva ederek istirdad edebilir. İkinci mürtehinin elinde telef olsa misliyyattan ise mislini, kıyemiyyattan ise kıymetini tazmin ettirir ve bu bedel rehin yerine kaim olur (Reddimuhtar).

86 — : Mürtehin de râhinin izni olmaksızın rehni başkasına terhin edemez. Edecek olsa râhin, bunu birinci mürtehinin huzurunda ikinci mürtehindan dâva ederek istirdad ederek birinci mürtehinin yanında rehniyyette ibka eder. Bu rehin ikinci mürtehinin elinde telef olmuş olsa râhin muhayyer olur, bunu dilerse birinci ve dilerse ikinci mürteherine tazmin ettirir. Birinci mürteherine tazmin ettirirse onun yapmış olduğu bu terhin nafiz olur. Çünkü bu zaman ile o rehne malik olmuş bulunur. İkinci mürteherine tazmin ettirirse o da birinci mürteherine rücu eder, ondan hem alacağını, hem de bu rehmin zâmin olduğu bedelini alır (Reddimuhtar, Hindiyeye).

87 — : Râhin, mürtehinin izniyle rehni başkasına terhin ve teslim edebilir. Bu halde evvelki rehin bâtil, ikinci rehin sahih olur. Bundan sonra merhun ikinci mürtehinin elinde telef olsa birinci mürtehinin alacağından bir şey sâkit olmaz.

Mürtehin dahi râhinin izniyle rehni başkasına terhin ve teslim edebilir. Bu takdirde birinci rehin bâtil, ikinci rehin bir rehn-i müstear kabilinden olarak sahih olur. Şu kadar var ki, râhinin izni bir şart ile, bir kayd ile mukayyed ise mürtehinin ona riayet etmesi lâzım gelir (Hindiyeye).

88 — : Mürtehin, râhinin rızası olmaksızın rehni satsa bu, bir bey-i füzûli kabilinden olur. Binaenaleyh râhin muhayyerdur, dilerse bu bey'i fesh eder, dilerse icazet şartları mevcut olduğu halde icazet vererek bu bey'i tenfiz elyer. Fesh takdirinde bakılır: Satılan rehn mevcut ise râhin onu müşterinin elinden alarak yine rehn olmak üzere mürteherine teslim eder, telef olmuş ise râhin onun kıymetini isterse müşteriye ve isterse mürteherine tazmin ettirir.

89 — : Râhinin izniyle mürtehinin rehni satması sahih ve nafizdir. Hattâ râhin mürteherine «Rehni tellala ver satsın da hakkını al.» demekle mürtehin tellala verip elinde merhun telef olsa mürteherine zaman lâzım gelmez.

Kezalik: Rehmin fesâdından korkulur da hâkime müracaat mümkün bulunmazsa mürtehin rehni satabilir (Lisanül'hükkâm, Dürerül'hükkâm).

90 — : Râhin «Filân güne kadar borcunu ödemezsem rehni satıp semninden alacağını al.» diye mürtehini tevkil etse de o günde borcunu ödemese mürtehin o rehni satarak alacağını istifa edebilir. (Ali Efend fetavası). Fakat râhin, mürtehinin rızası olmaksızın rehni satamaz, satacak olsa nafiz olmaz, mürtehinin hakk-ı hapsine halel gelmez bu bey'in nefazı mürtehinin iznine mevkufla bulunur. Fakat borc ödenirse veya mürtehin râhini ibra ederse

veya bu bey'e icazet verirse bey'i nafiz olur. rehin rehniyyetten çıkar, mürtehinin rehni teslim etmesi lâzım gelir.

İcazet tadirinde borc hali üzere kalır, satılan merhunun semeni bu borc mukabilinde rehin olur, velev ki henüz müşteriiden kabz edilmiş olmasın. Her ne kadar mebiin semeni kabz edilmedikçe deyn olup iptidaen rehn edilmezse de tebean rehn edilebilir. Esah olan kavle göre bu semenin rehn olmasını icazet zamanında şart koşmaya da lüzûm yoktur.

Amma mürtehin bu bey'e icazet vermezse müşteri muhayyer olur. Dilerse rehni fekkine kadar belker, dilerse hâkime müracaat ederek bu bey'i fesh ettirir. Mebiin merhun olduğuna evvelce muttali bulunmuş olsun olmasının müsavidir. Bunu kendisi fesh edemez (Haniyye, Hindiyye).

91 — : Râhin ile mürtehinden her biri diğerinin izniyle rehni başkasına âriyet verebilir, sonra her biri onu rehniyyete iade edebilir.

Müsteîr, rehne vaz-ı yed edince rehin mürtehinin zamanından çıkar, artık müsteîrin elinde telef olsa mukabilinde mürtehinin alacağından bir şey sâkit olmaz. Çünkü rehniin mazmun olması, mürtehinin kabzı itibariyledir, kabz ise mün'kazi olmuştur.

Fakat bu merhun rehniyyette bâki olduğundan mürtehinin bundaki hakkı berdevamdır. Zira iâre bir akd-i lâzım olmadığından akd-i rehni iptâl etmez. Binaenaleyh müsteîrin elinde iken râhin vefat edip bir takım alacaklıları bulursa bu merhuna mürtehin sair alacaklılardan ehak olur. Bu hususda idâ da iâre hükmündedir (Hindiyye, Haniyye, Mecmaül'enhür).

92 — : Râhin ile mürtehinden biri diğerinin izniyle merhunu başkasına kiraya verse veya hibe veya bey' etse merhun rehn olmaktan çıkar, yeniden akd yapılmadıkça rehniyyete avdet etmez.

İcare suretinde bedel-i icar râhine aid olur. Fakat mürtehin merhunu râhinin izni olmaksızın bir kimseye icar etse ücret kendisine aid olursa da tiyb olmaz. Bu halde merhun müstecirin elinde telef olsa mürtehin bunu zaman-ı gasb ile zâmin olur.

93 — : Râhin, mürtehinin izni olmaksızın merhunu başkasına kiraya verse mürtehin muhayyer olur, dilerse icazet verir, o halde rehn bâtil, bedel-i icare râhine aid olur ve dilerse muhayyer olmayıp merhunu rehniyyete iade eder.

94 — : Râhin, rehni mürtehine icar edip icare namına yeniden kabz bulursa rehn bâtil olur. Artık icare müddeti esnasında bu mecur telef olsa emanet olarak telef olmuş olur, mukabilinde mürtehinin alacağı sâkit olmaz.

95 — : Mürtehin, merhunu râhine iyâ veya iâre edebilir. Meselâ : merhun araziyi ziraat etmek veya merhun hanede âriyeten oturmak için bunları râhine iâre edebilir. Bu takdirde rehn mürtehinin zamanından çıkar, râhinin elinde telef olursa borcdan bir şey sâkit olmaz. Fakat merhun yine rehniyyet-

te bâkî olduğundan râhin vefat etse mürtehin, bu merhûna râhinin sair aca-
câhlarından yine ehak olur, mürtehin hakkını tamamen almadıkça bu reh-
ne başkaları müdahale edemez.

Amma râhin, merhununu mürteherine icar edemez. Ederse akd-i rehn bâtil
olur. (Dürer, Mecmaül'enhür, Dürrünuhtar).

96 — : Mürtehin, râhinin izin ve ibahesiyle rehni istimâl eder, meyva ve
süd gibi hâsılatını alabilir. Hattâ bu istimâl zamanında merhun tam emanet
mahiyetini alır. Telef olursa mukabilinde borc sâkit olmaz. İstimâlden sonra
telef olursa yine zamanı rehn ile mazmun olur. Bu istihlâk edilen hâsılatın
mukabilinde boredan bir şey sâkit olmaz. Ancak istikraz edilen bir meblâğ
mukabilinde verilen rehlin hâsılatından mukriz olan mürtehinin istifade etme-
si, akd-i rehn esnasında şart kılınırsa bu, bir nevi ribâ olacağından mekruh
görülmüştür. Fakat böyle şart kılınmamış olunca bilâhare râhinin izniyle bun-
lardan istifade etmekte diyâneten bir beis yoktur (Hindiyye, Ebüssuûd).

97 — : Mürtehin, râhinin izni olmadıkça rehinden istifade edemez. Me-
selâ : Merhun hanenin içinde oturamaz, bahçe ise meyvasını alıp yiyemez,
hayvan ise südünden veya rükûbundan istifade edemez, kitap ise mütâlâada
bulunamaz. Çünkü mürtehinin hakkı merhununu hapisden ibarettir, ondan inti-
fa değildir. Şu kadar var ki, bu istifadeden dolayı mürteherine bir ücret lâzım
gelmez. Velev ki merhus, müaddün lil'istiglâl bulunmuş olsun. Ancak bu veç-
hile istimâl ile rehn telef olursa veya kıymetine noksan gelirse mürtehin bun-
ları zâmin olur. Meselâ: Mürtehinin bilâizin râkib olduğu hayvan bu rükûb ha-
linde telef olsa tam kıymetini tazmin etmesi lâzım gelir. (Mecmaül'enhür, Ten-
virül'ebâr).

98 — : Evvelce de beyan olunduğu üzere asıl rehn ile beraber ondan mü-
tevellid ziyade de merhun olacağından bunların mecmuu deyne mukabil bu-
lunur. Yani : Borc asıl rehlin yevm-i kabzındaki kıymetiyle bu ziyadenin
yevm-i istihlâkindeki kıymeti mukabilinde mazmun olur. Binaenaleyh asıl mer-
hun mürtehinin elinde telef olsa boredan buna mukabil olan miktarı sâkit
olur, ziyadeye mukabil olan miktarı sâkit olmaz, belki mürtehin bu ziyadeyi
rehn olarak elinde tutar.

Meselâ : On lira mukabilinde terhin edilen sekiz lira kıymetindeki bir ko-
yunun iki lira kıymetinde bir kuzusu tevellüd etmiş bulunsa bu koyunun te-
lefiyle boredan sekiz lira sukut eder, kuzu mukabilinde iki lirası kalmış olur.
Bu kuzu da telef olsa veya istihlâk edilse o iki lira da sâkit olur.

Fakat mürtehin, bu kuzuyu râhinin izniyle kesip yemiş, sonra da koyun
telef olmuş olsa boredan koyunun kıymetine isabet eden sekiz lira sâkit olur.
Kuzunun kıymetine tekabül eden mütebâki iki lirayı ise mürtehin râhinden ala-

bilir. Çünkü bu kuzuyu her ne kadar mürtehin yemiş ise de râhinin izniyle yemiş olduğundan bunu râhin itlâf etmiş sayılır (Ebüssuûd, Ankaravî).

99 — : Mürtehinin izni olmadıkça râhin dahi rehinden intifa edemez. Bu intifa rehne muzir olsun olmasın. Çünkü rehnin hükmü, hapistir. Bu intifa ise hapse münafidir (Şerh-i mecma').

100 — : Mürtehn, başka yere gideceği zaman yolda emniyet mevcut olup râhin tarafından menedilmemiş olunca rehni beraber götürülebilir. Velez ki götürmesi meunete muhtaç olsun. Bu meunet = Masraf mürtebine aid olur.

Bu mesele, İmamı Azama göredir. İmameyne göre ne mürtehin, ne de adl, rehni başka yere götüremezler. Hattâ deniliyor ki: Merhunun rehn edildiği beldede hıfzı râhin tarafından şart koşulmuş olsa bu şart, bazı fukahaya göre muteberdir, bazı fukahaya göre de muteber değildir (Lisanül'hükkâm, Ankaravî, Reddimuhtar).

101 — : Râhin; rehnin nemasından, menafiinden mürtehinin istifadesine izin verdikten sonra bundan dönebilir. Fakat râhin, her ne zaman mürtehinin bu istifadeden menederse mürtehinin müstakbel bir izin ile bu istifadeye mezun olduğunu söyler, mürtehin de bunu kabul ederse artık borc verilinceye kadar mürtehin bundan istifade edebilir. Meselâ : Merhun hanede oturabilir (Hindiyye).

(Maliki'lere göre râhin, merhunda tasarrufatta bulunmaz, merhun üzerinde elinin cevelânı caiz olmaz, bu rehniyyete münafid : (Şerh-i Kebir). İmam Malik'e göre mürtehin, akar ve arazi kabilinden olan bir rehnin menfaatinin bir müddet için kendisine aid olmayı şart koşabilir. Bu şart hayvan ile elbisede ve uruzda ise mekruhtur (Elmuhallâ).

(Şafii'lere göre râhin, merhunun kıymetini azaltmayacak surette merhundan intifa edebilir, buna hakkı vardır. Meselâ : Merhun hayvana şehir içinde binebilir, merhun hanede ikamet edebilir. Bu intifa için merhunun mürtehinden istirdadına hacet görülürse istirdad edilir. Mürtehin de râhini töhmetli görürse bu istirdadına işhatda bulunur.

Râhin, merhunun üzerine bina yapamaz, ağaç dikemez. Bunları yapacak olsa borcun zamanı hulûl etmedikçe bunlar sökülüp atılamaz. Borcun zamanı gelince bakılır: Eğer bunlar ile meşgul arsanın kıymeti borca kifayet etmez de bunlar kaldırılınca arsanın kıymeti artacak olursa borcu tamamen ödemek için bunların kal-u ref'i vücuben lâzım gelir. Meğer ki râhin borcunu başka malından tamamen ödesin (Tuhtetül'muhtaç).

(Hanbeli'lere göre mürtehinin izni olmadıkça râhin, mürtehinden intifa edemez, meselâ: Merhunu icareye veremez, istihdam edemez. Mürtehin izin verince de bundan bilâhare rücu edebilir.

Borcun henüz vakti hulûl etmiş olmayınca râhin, merhun yer üzerine ağaç

dikeyebilir. Çünkü borcun tediye zamanına kadar bu yerin menfaatini tatil etmek, malı tazyi demektir ki, bundan nehi olunmuştur. Fakat borcun zamanı hulûl etmiş ise râhin, ya borcunu hemen vermeğe veya merhununu satmaya mecbur olacağından bu ağaç dikmeğe mahal yoktur (Keşşafülkına). İmam Ahmed'e ve İshak'a göre mürtehin, merhunun südünden istifade edebilir (El-muhallâ).

Zâhiri'lere göre rehnin menafii terhinden evvel olduğu gibi yine râhine aiddir. Merhun hayvanın südü ve rûkûbu da böyledir. Meğer ki râhin bu hayvana infakda bulunmasın. O halde mürtehin yapacağı infak mukabilinde bu hayvanın südünü alır, üzerine râkib olabilir, mukabilinde alacağı sâkit olmaz.

Râhin, merhununu kiraya verebilir, zuhura gelecek semerelerinden yiyebilir, câriyesi ise istifraş edebilir, akar ise içinde oturabilir, hayvan ise yünü nü alabilir. Çünkü merhun rehn sebebiyle râhinin mülkünden çıkmış değildir. Artık râhin kendi malından intifadan menedilemez. Elverir ki merhun, mürtehinin elinde bulunmasın, onu rızası olmadıkca veya borc ödenmedikçe râhinin mülkünden çıkarmaya salâhiyeti bulunmasın.

Mürtehin ise râhinin rızası olmadıkca merhundan istifade edemez. Nitekim bir hâdis-i şerfde (کم. اموالک. علیکم. حرام) buyurulmuştur: Yani: Sizin kanlarınız ve mallarınız sizlere haksız yere helâl olmaz, haramdır (El-muhallâ).

YED-İ ADLDE OLAN REHİNLERİN HÜKÜMLERİ :

102 — : Râhin ile mürtehin, rehni emniyet ettikleri bir kimseye tevdi etmek üzere mukavele edip o kimse de razı olarak kabz etse sahih ve bu kabz ile rehin tamam olur. Bu kimseye «Adl» denir.

103 — : Adlin eli, mürtehinin eli gibidir.

Binaenaleyh adl, mürtehin makamınakaim olup rehni mürtehn gibi hıfz eder. ehin, bu adlin elinde telef olsa mürtehinin elinde telef olmuş gibi olur. Adlin taaddüdü de caizdir (Muhît, Hindiyeye).

104 — : Adlin eli bir bakımdan da râhinin eli gibidir.

Meselâ: Merhunun râhin yanında gasben bulunduğ olduğu tahakkuk etse adlin elinde de gasben bulunmuş sayılır. Binaenaleyh bu merhun adlin elinde telef olduktan sonra müstahikki zuhur etse muhayyer olur. Bunun bedelini dilerse râhine ve dilerse adle tazmin ettirir. Adle tazmin ettirince o da bununla râhine rucu eder, mürtehine rucu edemez (Ebüssuûd).

105 — : Rehin akdedilirken merhununu mürtehinin kabz etmesi şart edilmiş olsa da badehû râhin ile mürtehin ittifak ederek rehn-i yed-i adle vaz edebilirler. Bunların bu ittifakları akd-i rehnde terazileri gibidir. Çünkü iptida-i

akdde adlin mürtehin makamına kaim olması caiz olduğundan bekaen de caizdir (Muhîti Serahsî).

106 — : Merhunun yed-i adle vaz edilmesi akd zamanında şart edilmeyip bilâhare merhun mürtehin ile râhinin rizalariyle yed-i adle tevdi edilse o merhunu yalnız mürtehin, râhinin rizası olmaksızın adden alabilir. Fakat râhin, mürtehinin izni olmadıkca alamaz. Çünkü mürtehin, merhunu zaten kendi elinde tutmaya salâhiyeti olmakla bunu muvakkaten tevdi etmiş olduğu adden geri alabilir. Fakat râhinin borcunu ödemedikçe rehni mürtehindenden almaya salâhiyeti olmadığından adden de almaya salâhiyeti olamaz (Reddimuhtar).

107 — : Mürtehin, rehni henüz kabz etmeden râhin adl tâyin edilemez.

Kezalik : Kefilin vereceği rehne mekfûlünanhl adl olamayacağı gibi mekfûlünanhlın vereceği rehne de kefilî adl tâyin edilemez.

Kezalik : Müdaribin rehnine rebbülmâl, rebbülmâlin rehnine müdarib adl nasb edilemez.

Kezalik : Şirket-i mufaveze ve şirket-i inan ile şerik olanlardan birisinin bu ticaret borcu için vereceği rehne diğer şerik adl tâyin edilemez. Yani: Akd edilen rehn bunlardan birinin adl sıfatıyla kabz eylemesiyle tamam olmaz. Çünkü bu suretlerin hepsinde de birinin eli diğerinin eli gibidir, rehin başka bir ele teslim edilmiş sayılamaz.

Fakat merhun, icab ve kabul ile akdden sonra mürtehin tarafından kabz edilse de badehû bunlardan birine teslim edilse rehniñ sıhhatine hâlel gelmez (Hindiyeye, Dürerülhukkâm).

108 — : Akd-i rehin esnasında merhunun kendisine tevdi mesrut olan adl, borc bâkî oldukça rehni râhinin rizası olmadıkça mürteherine, mürtehinin rizası olmadıkça da râhine veremez. Verirse istirdad eder. Çünkü bu dehne hem râhinin, hem de mürtehinin hakkı taâllük etmektedir. Daha istirdad etmeden rehin telef olsa adl, onun misliyyattan ise mislini, kıyemiyyattan ise kıymetini zâmin olur. Zira kendi mezuniyetinin haricine çıkmakla taaddide bulunmuştur.

Adlin bu suretle tazmin edeceği şey kabz edildikten sonra râhin ile mürtehinin yine ittifakıyla bu adlin veya sair bir adlin yanına bırakılır. Bunlar ittifak edemezlerse müracaat edecekleri hâkim tarafından bir yed-i adle teslim edilir. Bilâhare borc râhin tarafından verিলince adlin tazmin etmiş olduğu bedel kendisine aid olur, bunu kimin elinde ise ondan ister alır (Hindiyeye).

109 — : Merhunu muhafaza etmekte olan adi vefat edince vârisleri kendi yerine kaim olamazlar. Râhin ile mürtehin, o rehni birriza başka bir adle ve-

va kendilerinden birine tevdi ederler. Bu hususda itiraz edemezlerse mürtehinin müracaatı üzerine hâkim tarafından bir yed-i adle veya adaletce mütce veffa adle muadil görülünce mürtehinin eline teslim edilir.

Birinci adl rehni satmaya vekil bulunmuş olsa bunun yerine ikame edilecek adl. bu vekâleti haiz bulunmuş olamaz. Çünkü vekâlet, vekilin vefatiyle bâtil olur (Hindîyye, Tatarhanyye).

110 -- : Adl, merhunu emin olan bir kimsenin yanına tevdi edebilir. Fakat bir zaruret bulunmadıkca emin olmayan kimseye tevdi edemez. Ederse telefî takdirinde zaman-ı gasb ile zâmin olur (Haniyye, Ankaravî).

(Şafîî'lere göre de râhin ile mürtehin rehni bilittifak başkasının yanına vaz edebilirler (Tuhfe).

(Hanbelî'lere göre de râhin ile mürtehin merhunu bir başkasının yanına vaz edebilirler. Bunun bir kişi olması caiz olduğu gibi mütceaddid olması da caizdir. Böyle adl tâyin edilen kimsenin erkek, kadın, müslim, gayrı müslim olması da caizdir. Fakat caizüttasarruf olmayan bir kimsenin, meselâ bir çocuğun veya bir sefihin yanına vaz etmeleri caiz değildir. Bunlar mürtehinin vekili sayılamazlar, bunların rehni gazb etmeleri muteber olmaz.

İki kişinin yanına vaz edilmesi meşrut bir rehn, bir kişinin yanına vaz edilemez ve bunlardan biri rehni yalnız başına hıfz edemez, birlikte hıfz etmeleri icab eder. Bunlardan biri rehni diğerine teslim etse telefî takdirinde yarısını zâmin olur.

Kezalik : Adl, rehni râhin ile mürtehin mevcut olduğu halde başka bir şahsın yanına bıraksa da telef olsa bunu adl ile o şahıs zâmin olur.

Adl, rehni iade ettiği, mürtehin ile râhin de bunu almaktan imtina etmediği halde hâkim, bu rehni bir eminin yanına bıraksa telefî takdirinde bunu hâkim ile o emin birlikte zâmin olurlar. Çünkü hâkim, bunu müstahikleri bulunduğu halde başkasının yanına def' etmekle taaddide bulunmuş olur. Emin de başkasının malını muktezi bulunmaksızın ahz ettiği için taaddide bulunmuş sayılır (Keşşafülkına).

MERHUNUN SATILIB SATILAMAMASI :

111 — : Râhin ile mürtehinden birisi diğerinin izin ve rızası olmadıkça rehni satamaz. Hattâ râhin borcu ödemek için rehni alıp satmak istese mürtehin ona razi olmayabilir. Çünkü borcunu alıncaya kadar rehni hapis etmeğe salâhiyeti vardır. (Tenkih-i Hamidi, Hindîyye).

112 — : Mürtehin, râhinin izni olmaksızın merhunu satırsa füzûlen satmış olur. Râhin dilerse icazet verir ve dilerse bey'i fesheder, merhunu yine mürtehine iade eder. Merhun müşterinin elinde telef olmuş olsa artık bey'e icazet verilemez. Bu takdirde râhin, onu dilerse müşteriye ve dilerse mürtehine tazmin ettirir (Dürerühükkâm).

112 — : Mukabilinde rehin verilmiş olan bir borcun ödenecek zamanı hu-

lûl ettiği halde râhin bunu ödemekden imtina etse müracaat vukuunda hâkim tarafında «Borcunu öde» diye râhine emr olunur. Râhin borcu ödemez, rehni satılmasından da kaçınırsa hâkim, rehni hakiki kıymetiyle satarak semeninden borcu mürtehinine öder.

Maamafih rehin, borc cinsinden ise mürtehin, alacağını bundan alabilir, bunda râhinin rızası veya hâkimin kazası iktiza etmez (Haniyye).

113 — : İmamı Âzama göre hür olan râhin, borcunu ödemekten haksız yere imtina ederse rehni satın borcunu ödeyinceye kadar hâkim tarafından hapis olunur. Yoksa bu rehni hâkim satamaz. Çünkü medyun olan hürrü hecir caiz değildir. İmameyne göre isesabık meselede beyan olunduğu üzere hâkim, rehni bizzat satabilir. Çünkü böyle bir medyunun hacri imameyne göre caizdir. Fetva da mameynin kavline göredir. Bir hâkim, bunu caz görüp bununla hükm edince nafiz olarak hilâf mürtefi olur. Maamafih deniliyor ki: Râhin, rehni icabında satılacağını bilip buna razı olmuş olduğundan hâkimin bunu bizzat satabileceğine İmamı Âzam da kail bulunmuştur. Sahih olan da budur (Bez-zaziyye, Tenkih-i Hamidi).

114 — : Râhin gaib olup da hayat ve mematı malûm bulunmasa mürtehin, rehni kıymet-i hakikiyyesiyle satarak bedelinden alacağını almak üzere hâkime müracaat eder. Hâkim de ya bizzat satar veya satması için mürtehinine izin verir. Rehni bedeli borcdan fazla olursa bu fazlayı hâkim bir kayyım vasıtasıyla gaib namına hıfz ettirir. Nitekim râhin vefat etmiş olduğu takdirde de rehn hâkim tarafından satılabilir. (Haniyye, Bezzaziyye).

115 — : Mürtehinin elinde bir müddet durmasıyla rehni bozulmasından, neselâ: Merhun hanenin harab olmasından korkulursa mürtehin evvelâ râhine müracaat eder, rehni tahlis veya tâmirini ondan isteyebilir. Zira rehne malik olan odur. Fakat râhin gaib olup hayat ve mematı bilinmezse mürtehin o rehni hâkimin izniyle satabilir veya onu bizzat hâkim satar. Bu suretle satılan rehni semeni mürtehinin elinde yine rehn olur, alacağının vakti hulûl edince bundan alacağını istifa eder (Ankaravî).

116 — : Fesâdından korkulan bir rehni mürtehin, gaib olan râhinin veya hâkimin izni olmaksızın ve bey'i füzûlî de mezkûr icazet şartları da mevcut bulunursa râhin muhayyer olur, dilerse bey'e icazet verir, dilerse bey'i fesh eder, mebi rehniyyete iade eyler. Eğem mebi telef olmuş bulunursa mürtehin onun bedelini zâmin olur (Reddimuhtar).

117 — : Rehn olan bağ ve bostanın meyva ve sebze gibi zevaid-i mütevellidesi yetişse telef olmalarından korkulsun korkulmasın bunlar hazır ise râhi

nin, gaib ise hâkimin izn ve rey'ile satılabilir. Fakat bunları râhinin veya hâkimin izni olmadıkca mürtehin satamaz. Çünkü mürtehin, rehni ve zevaidini hapse müstahiktir, bunları satmaya hakkı yoktur. Meğer ki hâdis e hâkim bulunmayan bir yerde vücuda gelsin veya hâkimin reyini istihsâle mübaşeret takdirinde aradan günler geçerek zevaidin bozulub telef olması muhakkak bulunsun, o halde mürtehin bunları kendi kendine satabilir.

Fakat râhinin iznini veya hâkimin reyni istihsâl mümkün olduğu halde bunlar temin edilmeksizin mürtehin tarafından satılacak olsa mürtehin zaman lâzım gelir. Râhin muhayyer olur. Bunları dilerse mürtehin ve dilerse müşteriye tazmin ettirir. Çünkü mürtehin gasıb, müşteri de gasıbul'gasıb sayılır.

118 — : Mürtehin, merhun olan bağ ve bostanın meyvasını, sebzesini hâkimin emri olmaksızın toplayıp hıfz edebilir. Çünkü bu muamele merhun muhafaza mahiyetindedir. Merhun muhafaza ise mürtehinin hakkıdır. Şu kadar var ki, mürtehin bunları toplarken bağa ve ağaçlara noksan vermemek lâzımdır. Noksan verirse bu noksan miktarı alalacağından sâkit olur.

119 — : Râhin, vakt-i edası hulûl etmiş olan borcunu ödemek için rehni satmaya mürtehini veya adli veya vekâlete ehl olan diğer bir şahsı veya bunlardan ikisini veya her üçünü tevkil edebilir, bu sahihtir. Çünkü râhin, rehni bizzat satabileceği gibi buna başkasını da vekil tâyin edebilir. Artık râhin, bu vekili mürtehinin rizası olmaksızın vekâletten azl edemez. Bu vekâlet, gerek akd-i rehn zamanında şart edilmiş ve gerek akdden sonra icra kılınmış olsun müsavidir. Çünkü buna mürtehinin hakkı taâllûk etmiştir. Kezalik mürtehin de bunu azl edemez. Zira onu vekil tâyin eden, mürtehin değildir (Hidaye, Haniyye).

120 — : Rehni satmaya tevkil, borcun vakt-i edasının hulûlüne izafetle caiz olduğu gibi müneccezen de caiz olur. Vekâletlele satılan rehlin semeni de yine merhun olur. Binaenaleyh bu semen, mürtehinin veya adlin elinde iken telef olsa bunun mikdarınca borc sâkit olur (Şerh-i Mecma').

121 — : Rehni satmaya vekil olan kimse, bunu bizzat satabilir, bunun için hâkimin reyini istihsâle hacet yoktur. Merhun gerek menkûl ve gerek gayrı menkûl olsun. Bunun semeni bu vekilin elinde veya müşterinin müflisen vefatıyla zimmetinde telef olsa mürtehinin elinde telef olmuş gibi sayılır, mukabili olan borc bu semen nisbetinde sâkit olur.

Kezalik : Rehni satmaya vekil olan adl, onu sattıktan sonra semeninin elinde telef olduğunu iddia etse tasdik olunur. Zira onun eli yed-i emanettir. Bu semen, mürtehin üzerine telef olarak mukabilinde alacağı sâkit olur (Dürrehül-hükkâm).

122 — : Rehni satmaya vekil olan kimse, borcun vakt-i edası hulûl edince rehni satarak semenini mürtehinine teslim eder, ondan evvel satamaz. Satarsa nafiz olmaz. Vakti hulûl ettiği halde satmaktan imtina ederse rehni satmak üzere râhine cebr olunur. O da satmaktan kaçınır inad ederse hâkim satar ve eğer râhinin varisleri gaib bulunursa rehni satmak üzere vekile cebr olunur. İnad ederse hâkim satar. Cebrin keyfiyeti, vekili hâkimin bir kaç gün haps etmesinden ibarettir.

Râhinin veya mürtehinin vefatıyla veya tecennün etmesiyle bu vekil vekâletten mün'azil olmaz. Fakat vekil ölürse veya ifakati ümid edilemez bir halde tecennün ederse vekâlet bâtil olur, hükmü kalmaz (Hindiyye, İbni Nüceym).

123 — : Merhunu satmaya vekil olan adle bu hususda cebr edilip edilemiyeceği tafsilâta tâbidir. Şöyle ki: Bu vekâlet, akd-i rehn zamanında meşrut ise vekil, merhunu satmaya mecbur olur, bilâhare icra kılınmış ise mecbur olmaz. Bu, İmam Ebû Yusuf'a göredir. İmam Muhammed'e göre ise bu ikinci takdirdede de vekil, rehni satmaya mecburdur. Esah olan da budur. Mecellede de bu kabul edilmiştir (Muhîti-Burhani).

REHNLERE AİD İHTİLÂFLAR :

124 — : Dâyin ile medyun rehn verilmiş olup olmadığında ithilâf etseler söz, rehni inkâr edenidir. (Eşbah).

125 — : Rahin ile mürtehin, merhumun ibraz edilen mal olup olmadığında ithilâf etseler söz, mürtehinindir. Çünkü kabız olan, odur (Reddimuhtar).

126 — : Râhin, şu kadar borcu mukabilinde meselâ: Yüz lira kıymetli bir terhin ve teslim ettiğini dâva ve beyyine ile isbat etmekle mürtehinin elli lira kıymetinde bir saat ibraz ederek rehlin bundan ibaret olduğunu iddia eylese bu sözü râhin tarafından tasdik edilmedikçe kabul olunmaz (Hindiyye).

127 — : Râhin, meselâ «Şu saati rehn ve teslim etmiştim.», mürtehin de «Şu bileziği rehn ve teslim etmiştin.» diye ithilâf ve beyyine ikame etseler bakılır: Eğer bu saat ile bilezik mürtehinin elinde mevcut ise mürtehinin beyyinesi tercih olunur. Amma saat ile bilezik telef olmuş ve bileziğin kıymeti saatin kıymetinden ziyade bulunmuş ise râhinin beyyinesi müreccah olur.

128 — : Mürtehin, meselâ «Şu saat ile şu bileziğin ikisini de rehn ve teslim etmiştim.» diye dâva, râhin de yalnız saati terhin ve teslim etmiş olduğunu iddia eylese söz, râhinindir. Mürtehinin beyyinesi tercih olunur. Çünkü ziyade beyyinesi evlâdır (Haniyye).

129 — : Mürtehin, kabz etmiş olduğu merhunu râhine reddettiğini dâva, râhin de bu reddi inkâr etse söz, maâl'yemin râhinin olur. Çünkü râhni, mürtehinin zamandan beraetini münkirdir.

130 — : Mürtehin, rehni badelkabz râhine reddetmekle onun elinde telef

olduğunu iddia, râhin de mürtehinin elinde iken telef olduğunu dâva etse söz, maâl'yemin râhinin olur, çünkü reddi münkirdir ve râhinin beyyinesi tercih olunur. Çünkü râhinin beyyinesi ziyadeyi müsbittir. Yalnız mürtehin beyyine ikame ederse o da kabul olunur (Reddimuhtar, Bezzaziyye).

131 — : Mürtehin, rehnin daha kabz edilmeden râhinin elinde telef olduğunu, râhin de kabz ettikten sonra mürtehinin elinde telef olduğunu iddia eylese söz, mürtehinindir. Zira zamanı münkirdir. İkisi de beyyine ikame etse râhinin beyyinesi tercih olunur. Çünkü ziyadeyi müsbittir (Hindiyye, Bezzaziyye).

132 — : Rehn beyyinesi, vedia beyyinesine, beyi beyyinesi ve hibe ile kabz beyyinesi de rehn beyyinesine tercih olunur.

Binaenaleyh medyun, dâyine vermiş olduğu bir malı rehn olarak verdiği dâva, dâyin de o malı kendisine medyun hibe etmekle kabz eylediğini iddia eylese dâyin beyyinesi tercih olunur.

133 — : Râhin, meselâ: yüz lira borcu olduğu halde bir malını terhin ettikten sonra bu malı yalnız elli lira mukabilinde terhin etmiş olduğunu iddia, mürtehin de tam yüz lira mukabilinde rehin vermiş olduğunu dâva etse söz, maâl'yemin râhinindir. Çünkü borcun tamamına rehin vermiş olduğunu münkirdir (Haniyye).

134 — : Bir mal terhin edildikten sonra râhin, o malı meselâ: Yüz lira mukabilinde rehin vermiş olduğunu, mürtehin de eli lira mukabilinde terhin edildiğini iddia eylese rehn mevcut, kıymeti de yüz lira ise tehalûf carî olur. İkisi de yemin ederse rehn râhine red olunur. Tehalûfden evvel rehn telef olsa söz, mürtehinindir. Çünkü mürtehin, ziyade borcun sukutunu münkirdir (Haniyye).

135 — : Mürtehin ile rehni bey'e vekil olan adl, meselâ: Yüzyirmi lira mukabilinde merhun olan bir malın yüz liraya satıldığını iddia, râhin de yüz liradan fazlaya satıldığını dâva etse söz, adl ile mürtehinindir. Çünkü ziyadeyi münkirdirler. Râhinin beyyinesi tercih olunur. Amma râhin, bu bey'i inkâr ile rehnin bu vekil elinde telef olduğunu iddia edip rehnin kıymeti de borca müsavi olsa söz, râhinin olur.

136 — : Merhunun meselâ : Yüz liraya satıldığını râhin, doksan liraya satıldığını vekil, seksen liraya satıldığını da mürtehin iddia ettikde bakılır: Eğer seksen lirayı mürtehin kabz etmiş ise söz, mürtehinindir. râhinden yirmi lira daha alabilir. Fakat beyyine ikame etseler râhinin beyyinesi tercih olunur. Çünkü ziyadeyi müsbittir.

137 — : Rehni satmaya vekil, rehni meselâ: Yüz liraya satıp bunu mürtehine verdiği dair beyyine ikame ettiği halde râhin de merhunun satılma-

yıp vekilin elinde telef olduğuna beyyine ikame etse râhinin beyyinesi kabul olunmaz.

138 — : Bir kimse, bir şahısdan istikraz etmiş olduğu meselâ: Yüz lira mukabilinde yine yüz lira kıymetli bir malını terhin ve bunu satmaya o şahsı tevkil etmiş olmakla mürtehin bulunan o şahıs bu malı meselâ : Elli liraya sattığını iddia, râhin olan kimse de «Hayır bu malı satmadın, elinde telef oldu.» diye dâva etse bakılır: Eğer mürtehin, iddiasına beyyine ikame ederse kabul olunur, ikame edemezse râhin, mürtehinin o malı sattığını bilmediğine tahlif olunur. Yemin ederse bu borc sâkit olur (Haniyye).

139 — : Râhin ile mürtehin, rehnin taksir neticesinde zayi olup olmadığı ihtilâf etseler, râhin taksir iddiasını isbât edemezse mürtehin, taksiri olmadığı hususunda yeminiyle tasdik olunur, rehnin kıymeti boredan ziyade ise bu ziyade kendisinden istenilemez (Ali Efendi fetavası).

140 — : Dâyin, medyunun resûli vasitasiyle kendisine gönderilmiş olan rehni kabz ettiğini inkâr edip de medyun bunu isbat edememekle rehni resûlinden talep etse, resûli de «Ben senin emrinle götürüp dâyne verdim.» dese resûl yeminiyle tasdik olunur. Çünkü medyunun emini bulunmuştur (Abdürrahim fetavası).

141 — : Râhin gaib olub rehn yed-i adlde bulunmakla mürtehin, bu adlin rehni satmaya vekâleti bulunduğunu iddia, adl de bu vekâleti inkâr etse mürtehinin ikame edeceği beyyine kabul olunur.

142 — : Rehni satmaya vekil olan adl, rehnin semenini kabz ile mürtehinin teslim ettiğini iddia, mürtehin de inkâr etse söz, yeminiyle adlin olur. Çünkü adl, emindir. Bu halde mürtehinin alacağı sâkit olur.

143 — : Râhin, borcun edası vakti henüz hulûl etmediğini iddia, mürtehinde hulûlünü dâva etse söz, mürtehinindir. Zira borcun tecili, mürtehinden müstefad olur.

Fakat vekil tarafından satılması, müstakbel bir zamana izafe edilen bir rehn hakkında ihtilâf edilib mürtehin, meselâ: O zamanın şu ay başında hulûlünü iddia, râhin de daha sonraki ay başında hulûl edeceğini dermeyan etse söz, râhinin olur. Çünkü vekili satmaya taslit etmek, râhin tarafından müstefad olur.

144 — : Mürtehin, «Rehn bana bir aralık iare edilmişti, bu iare hükmiyle istimâl ettiğim zamanda telef oldu, binaenaleyh mukabilinde alacağım sâkit olmamıştır.» diye iddia, râhin de bu istimâlden evvel veya sonra telef olduğunu ve binaberin borcun sâkit olduğunu dâva etse söz, mürtehinindir. Çünkü zamanı münkirdir. Râhinin de beyyinesi tercih olunur (Haniyye, Ankaravi).

145 — : Mürtehin, merhunun telef olduğunu iddia, râhin de inkâr etse mürtehinin beyyinesi kabul olunur. Beyyinesi bulunmazsa yeminiyle tasdik olunur. Binaenaleyh mukabilinde borc sâkt olur. Rehnin kıymeti fazla olsa mürtehin bunu zâmin olmaz (Tenkih).

146 — : Râhin, telef olan merhunun meselâ: Yüz lira kıymetinde olduğunu, mürtehin de seksen lira kıymetinde bulunduğunu iddia etse söz, mürtehinindir. İkisi de beyyine ikame etseler râhinin beyyinesi, ziyadeyi müsbit olduğu için tercih olunur (Mülteka, Tenkih).

Rehnin telefı, rehnin intifaa salih olmayacak bir hale gelmesiyle olur.

147 — : Medyun, şöyle bir malını rehin vermiş olduğunu mürtehinin inkârına mukarın dâva ettiği halde şahidleri «Râhinin kendilerince mechul bir şeyi terhin ve teslim ettiğini gördüklerine» şahadet etseler bu şahadetleri makbul olmaz. Fakat medyunun bu iddiası üzerine şahidleri «Mürtehinin rehn olarak bir mal aldığını ikrar ettiğine» şahadet edib bunu tarif ve tavsif edemese-ler bu şahadetleri makbul olur. Bu halde bu malın neden ibaret olduğunu beyana mürtehin mecbur olur, bunda söz, mürtehinindir (Hindiyye).

148 — : Medhun, rehin verdiğini inkâr, dâyin de medyunun rehin verdiğini iddia etse bakılır: Eğer mürtehin «Şu malı rehn olarak kabul ve kabz ettim.» diye iddiada bulunursa dâvası mesmu olur. Amma râhine karşı beyyine ikame edip de merhunu kabz eylediğini söylemezse dâvası sahih olmaz. Çünkü rehnin tamamiyyeti kabza muhtaçtır.

149 — : Râhn ile mürtehin, merhun daha kabz edilmemiş iken mürtehin tarafından rehnin kabz edildiğinde tasaddukda bulunsalar bu da kabz hükümündedir. Artık râhin bu ikrarıyla muahaze olunur. Hattâ şahidler «Rehni mürtehinin kabz ettiğini râhin ikrar etti.» diye şahadette bulunsalar bu şahadetleri makbul olur. «Kabz ederken gördük.» demelerine hacet yoktur. Velev ki bu dâva esnasında merhun râhinin elinde bulunsun. Bu, kabzı isbata mani olmaz. Çünkü onun elinde âriyeten bulunmuş olabilir (Ankaravî).

150 — : Râhin, merhunun kıymeti kendisine ayıb âriz olmadan evvel meselâ: Yüz lira idi diye dâva, mürtehin de bundan az olduğunu iddia etse râhinin beyyinesi tercih olunur.

Kezalik: Râhin, merhunu selim ve kıymeti şu kadar olarak teslim ettiğini dâva, mürtehin de maib ve kıymeti ondan noksan olarak teslim ettiğini iddia etse râhinin beyyinesi müreccah olur.

151 — : Merhun helâk olduktan sonra mürtehin, merhunun kıymeti borc miktarından az olduğunu iddia, râhin de merhunun kıymetinin borca müsavi olduğunu dâva etse mürtehinin beyyinesi tercih olunur.

152 — : Rehn için bir malı iâre eden kimse, bu malın rehniyetden daha fekkedilmeden helâk olduğunu dâva, râhin olan müsteir de bu malın fek edildikten sonra helâk olduğunu iddia etse o mûir olan kimsenin beyyinesi tercih olunur.

Kezalik: Muir, müstear malın terhin edildikten sonra helâkini dâva, müstair de daha terhin edilmeden helâk olduğunu iddia eylese muirin beyyinesi tercih olunur.

153 — : Râhin, mürtehinin alacağını aldıktan sonra yanında rehnin helâk olduğunu dâva, mürtehin de alacağını alıp rehni red etmiş bulunduğunu iddia eylese râhinin beyyinesi tercih olunur.

154 — : Haricde iki kimse, bir malın iştirâ ve irtihânı hususunda ihtilâfda bulunsalar bakılır: Eğer ikisi de tarih beyan etmezse iştirâ beyyinesi tercih olunur. İrtihân hakkındaki beyyinede târih zikr edildiği halde iştirâ beyyinesinde zikr edilmese rehn beyyinesi müreccah olur.

Kezalik : İrtihân beyyinesindeki tarih mukaddem, iştirâ beyyinesindeki tarih muahhar olsa yine rehn beyyinesi tercih olunur.

155 — : Bir mala vaziülyed olan kimse, tarih beyan etmeksizin rehniyet üzere beyyine ikame, haricden biri de bilâ tarih iştirâ beyyinesi ikame etse rehn beyyinesi müreccah olur.

Zilyed'in sabık bir tarih beyaniyle ikame edeceği rehn beyyinesi de haricin muehher tarihli iştirâ beyyinesine tercih olunur.

Fakat haricin iştirâyâ dair beyyinesindeki tarihi mukaddem, zil'yedin rehn hakkındaki tarih müehher olursa iştirâ beyyinesi tercih olunur.

156 — : Zil'yed, iştirâ üzerine tarih beyan ile beyyine ikâme ettiği gibi haric de aynı tarihte irtihanda bulunmuş olduğuna beyyine ikame etse iştirâ beyyinesi tercih olunur.

157 — : İki kimseden her biri berhayat bir şahsa aid bir malın yalnız kendisine rehn edilmiş olduğunu iddiada bulunsa bakılır: Eğer bu mal bu iki kimseden yalnız birinin elinde ise ona terhin edilmiş olduğuna hükmedilir. Diğer tarih beyan etse de bakılmaz. Çünkü zilyedin kabzı bu malın kendisine evvelce terhin edilmiş olduğuna delildir. Meğer ki zilyed olmayan, o malın kendisine daha evvel terhin ve teslim edilmiş olduğunu isbat etsin.

Fakat bu mal o iki kimsenin meân elinde veya rahinin elinde ise o iki kimseden hangisinin beyan ettiği terhin tarihi mukaddem ise onun için hükm olunur. Yalnız birisi beyan ederse onun lehine hükm olunur. Hiç biri tarih beyan etmez veya beyan ettikleri tarih müsavi bulunursa rehniyet iddiaları red olunur. Zira bir malın iki şahsa bir ânda başka başka terhin edilmesi muhaldir. Bu halde o rehn, telef olsa emaneten telef olmuş olur. Çünkü böyle bâtil bir rehnin hükmü yoktur (Ebüssuûd, Dürerülhukkâm).

158 — : İki kimseden her biri, bir müteveffaya aid bir malın yalnız kendisine terhin edilmiş olduğunu iddia etse bakılır: İkisi de irtihan ve kabz hakkında tarih beyan eder de birinin tarihi mukaddem bulunursa onun için hükm olunur. Fakat hiç biri tarih beyan etmez veya beyan ettikleri tarih müsavi olur, rehn de yalnız birisinin elinde bulunursa onun elinde bırakılır. Bunun kabz-ı yedi, sabıkiyetine delildir. Amma ikisinin de elinde bulunmaz da mese-lâ râhinin terekesi arasında bulunursa bu merhun İmamı Azam le İmam Muhammede göre o iki kimsenin arasında nısfıyyet üzere hükm olunur. Çünkü râhinin mevtinden sonra her birinin maksadı rehlin satılıp semeninden alacağını istifa edilmesidir. Bu ise şirketi kabildir, bunda müâşıyyet bahis mevzuu değildir (Şerh-i Mecma', Reddimuhtar, Dürerülhükkâm).

YIRMİBİRİNCİ KİTAPIN SONU

YİRMİ İKİNCİ KİTAP

ŞİRKETLER HAKKINDA OLUB BİR MUKADDİME İLE DÖRT BÖLÜME AYRILMIŞTIR.

(M U K A D D İ M E)

ŞİRKETLERE MÜTEALLİK İSTİLAHLAR :

1 — (Hâit) : Duvar, çit, tahta perde. Cem'i: Hitandır.

2 — (Harîm) : Bir şeyin çevresinde bulunan yer = Saha ki o şeyin hukuku ve merafiki cümlesindendir. Bu yerde sahibinden başkasının tasarruf etmesi haram ve memnu olduğu cihetle buna «Harîm» denilmiştir.

3 — (Hakk-ı mecra) : Bir yerden suları akıtmak, kehrizi geçirmek salâhiyetidir. Buna «Hakk-ı mesıl» de denir.

4 — (Hakk-ı mürur) : Bir yoldan, bir yerden gelip gitmek salâhiyetidir.

5 — (Hakk-ı şîrb) : Ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa etmek nöbetine müstahik olmaktır.

Şîrb kelimesi, lûgatte hayvan ve cemad için rakid veya carî olan bir sudan hisse mânâsınadır.

6 — (Hakk-ı şefe) : İnsanların ve hayvanların bir sudan alıp içmeğe müstahik olmasıdır. Şefe, lûgatte dudak demektir. Burada şefeden maksad, harareti defetmek, taâm pişirmek, temizlik yapmak için kullanılması iktiza eden sudan ibarettir.

7 — (İbza) : Bir kimsenin kârı tamamen kendisine aid olmak üzere başkasına sermaye vermesidir. Bu sermayeye «Bizaa» bunu veren kimseye «Mübzi», bunu alan şahsa da «Müstebzi» denilir. Bu halde rihbin tamamı sermaye sahibine aid olur.

Bir şahsa kârın tamamı kendisine aid olmak üzere sermaye vermek suretiyle yapılan bir akd ise bir «Karz» muamelesidir.

8 — (İhya) : İmar demektir ki araziyi hayat-ı namiye sahibi kılmak, yani: Onu ziraate elverişli bir hale getirmektir.

9 — (Arazi-i mevat) : Darüslâmda bir kimsenin mülkü veya vakfı ve bir kasabanın veya karyenin mer'ası veya baltalığı veya mezarlığı olmadığı halde

aksai ümrandan uzak bulunur. Şöyle ki Kasabanın veya kariyenin en kenarındaki hanelerden cehirüssavt olan kimsenin sadası işidilmiyecek kadar uzak olur.

10 — (Kanat) : Yerde su isâle edecek künk ve kârizdir. Cem'i: Kanevat ve kanâdır. Süngüye de kanat denir.

11 — (Kismet) : Taksim etmek, bir şeyi bölmek demektir. Yani : Müteaddid kimselerin bir şeydeki hisse-i şâyialarını bir mikyas ile tâyin ve tahsis etmektir. Mesel: Mekilâttaki hisse-i şâyia keyl ile, mezruattaki şâyî hisse zira' ile temyiz ve ifraz edilir.

Kismetler, kismet-i ayan, kismet-i menafi namıyla ikiye ayrılır. Ayan hakkındaki kismetler de kismet-i cemi', kismet-i tefrik nevilerine ayrılır. Ve bu kismet-i cemi' ile tefrikden her biri kismet-i riza, kismet-i kaza nevilerine ayrılır.

12 — (Kismet-i ayan) : Menkûl veya gayrı menkûl ayinlerdeki şâyî hakları tâyin ve tahsis etmekten ibarettir.

14 — (Kismet-i cemi') : Müsterek ayinlerin kısımlara bölünerek bunların ferdinde şâyî olan hisselerin birer kısmında cemi' edilmiş olmasından ibarettir. Üç kimse arasında müsterek olan otuz koyunu onar onar üçe taksim gibi ki hisseler onar koyunda cem edilmiş olur.

13 — (Kismet-i menafi') : Müsterek fenfaatleri tâyin ve tahsisden ibaret olup kıyemiyatta carî bulunur. Bu halde ayinleri bâki olup kendileriyle intifa mümkün olur. Müsterek bir hanede şeriklerin muayyen vakitlerde münavebeten ikamet etmeleri gibi.

15 — : (Kismet-i tefrik) : Bir müsterek aynın taksim olunub her cüz'ünde şâyî olan hisselerin birer kımında tâyin edilmesinden ibarettir. Bir arsanın ikiye taksimi gibi. Buna «Kismet-i ferd» de denir.

16 — (Kismet-i riza) : Şeriklerin kendi rizalarıyla yaptıkları kismettir ki, ya kendi aralarında birriza taksim ederler veya hepsinin birriza müracaatiyle hâkim taksim eyler.

17 — (Kismet-i kaza) : Şeriklerden bazılarının talebi üzerine hâkim tarafından cebren ve hükmen yapılan taksimdir.

18 — (Kelâ) : Ot, saki olmayan ve nabit olunca yerlere serilen nebattır ki, ağaçlara şâmil olmaz. Mantar dahi ot hükmündedir. Deve dikenî denilen otun saki = sapı, kök ile dallar arasındaki kısmı olup bir derece yerden yükseldiği için fukahaca ot sayılmayıp ağaç sayılmıştır.

19 — (Marre) : Âmmeye aid yollardan mürur ve ubur edenlerdir.

20 — (Muhayee) : Menfaatleri taksimde nibaret olup zamanen ve mekânen mühayee nevilerine ayrılır. Meselâ: Müşterek bir hanede bir ay bir şerikin, bir ay da diğer şerikin oturması «Zamanen mühayee» dir. Bu hanenin bir kısmında bir şerikin, diğer kısmında da diğer şerikin oturması da mekânen mühayeedir.

21 — (Merafık) : Lûgatte mirfek'in cem'i olup dirsek mânasıdır. İstılahda bir şeyin tetümmatından, müstemelâtından olup kendisine ihtiyaç görülen şeyler demektir. Bir hanenin su yolları gibi.

22 — (Müsennat) : Sinur, su bendi, su harklarının kenarlarıdır. Cem'i : Müsenneyatdır.

23 — (Müsâkat) : Bir taraftan eşcar, diğer taraftan da terbiye ve iska olmak, hâsıl olan meyva, semere de aralarında bir nisbet dairesinde taksim edilmek üzere yapılan bir nevi şirkettir. Buna «Muamele filesmar» da denir. Yonca gibi, üzüm çubukları gibi bir seneden ziyade yerde kalan nebatat, eşcardan maduddur.

24 — (Müzârea') : Bir taraftan arazi, diğer taraftan da amel, yani: Ziraat olup hâsılât aralarında müşaeen taksim olunmak üzere yapılan bir nevi şirkettir. Müzârea'ya muhabere, muhakale de denir.

Müzârea', zeri' maddesinden alınmıştır. Zeri' ise lûgatte tohum ekmek mânasıdır. Buna «Ziraat» da denir. Tohum ekene «Zâri'», tohum ekilecek yere «Mezrea» denilmektedir.

25 — (Re'sül'mal) : Sermaye, bir ticaret, bir şirket için kullanılan asıl mal demektir.

26 — (Ribh) : Faide, kâr, demektir. Meselâ: Yüz kuruşa alınan bir mal, yüz on kuruşa satılsa bu on kuruş ribh olmuş olur. Cem'i: Erbahdır. İrbah da bir maldan kâr temin etmektir.

27 — (Sayd) : Av, av avlamak = İstiyad, avcılık etmek.

28 — (Şirket) : Lûgatte ortaklık, ortak olmak mânasıdır. İstılahda bir şeyin birden yizade kimselere ihtisası ve o kimselerin o şey ile imtiyazı demektir. Maamafih şirket tâbiri, böyle bir ihtisasa sebep olan akd-i şirket yerinde de mütearefdir.

Şirket sahiplerinden her birine şerik, müşterik ve müşârik denir. Şirketin sermayesi olan mala da mal-i müşterek, mal-i müşterekünfih denilir. Ortaklığa da «İştirâk» tâbir olunur.

Şirketler başlıca şirket-i mülk, şirket-i akd ve şirket-i ibahe kısımlarına ayrılır.

29 — (Şirket-i mülk) : Bir malın birden ziyade kimselere esbab-ı temellük-den biriyle muhtes olmasıdır ki, ihtiyarî ve gayrî ihtiyarî nevlerine ayrılır. Şöyle ki: İştira, ittihad, kabul vasiyyet gibi şerklerin fiilleriyle sâbit olan şirket, bir şirket-i ihtiyariyedir. Tevarüs gibi veya malların birbirinden kolaylıkla tefrik edilemeyecek surette ihtilâti gibi bir sebeble vücuda gelib şeriklerin fiilleriyle sâbit olmayan şirket de bir şirket-i gayrî ihtiyariyedir. Bir hanede veya birbirine karışmış olan bir miktar zahirede iki kimsenin hisse sahibi olması gibi ki bunlara şerik, müteşârik, hissedar denilir.

30 — (Şirket-i akd) : İki veya daha ziyade kimseler arasında bir akd ile, yani: bir icab ve kabul ile husule gelen şirkettir ki, kazanılacak bir kâr aralarında müşterek olmak üzere yapılır.

Şirket-i akd, şirket-i inan, şirket-i müfaveze kısımlarına ayrılır. Bunlardan her biri de şirket-i emvâl, şirket-i amal ve şirket-i vucuh nevilerine münkasım olur.

31 — (Şirket-i ibaha) : Mübah olan şeyleri, Yani: Muhrez bulunmayan sular, hüdayı nabit otlar ve av hayvanları gibi filasil kimsenin mülkü olmayan şeyleri ahz ve ihraz ile temellük hususunda âmmenin müteşarik olmasından ibarettir.

32 — (Şirket-i inan) : Ticaret gibi bir maksadla iki veya daha ziyade kimse tarafından sermaye konularak akd edilen bir şirkettir. Bu şirkette şeriklerin arasında müsavat-ı tamme meşrut bulunmaz. Meselâ: Birinni sermayesi bin, diğerinin sermayesi beş yüz lira olabilir.

İnan, zuhur mânasınadır, dizgin mânasını da müfittir. Bu şirkete inan denilmesi, ya bazı mallarda şirketin zuhur etmesinden veya bu şirket sebebiyle ticaretin dizgini elde edilmiş olmasından dolayıdır.

Şöyle de deniliyor ki: Bir hayvana râkib olan, onun dizginini bir eliyle tutar, diğer eliyle de başka amelde bulunabilir. Bu şirkette de şeriklerden her biri, sermayenin bir kısmında inan-ı tasarrufu şerikine havâle eder, bazısında etmez. Bu cihetle buna bu ad verilmiştir.

33 — (Şirket-i müfaveze) : Şerikler arasında hem sermayenin miktarı ve hem de ribhden hisseleri mütesavi bir halde bulunub hiç birinin fazla ticarete elverişli malı bulunmamak üzere akd edilen bir şirkettir.

İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre bu şirkette şeriklerin tasarrufatı da müsavat üzere olmak şarttır. Binaenaleyh şeriklerden birinin alıb satabileceği bir şeyi diğerleri de alıb satabilmelidirler. Bu halde bir müslüman, bir gayrî müslim ile şirket-i müfavezede bulunamaz. Çünkü bir gayrî müslim, şarab, hincir gibi şeyleri alıb satabileceği halde bir müslim alıb satamaz.

İmam Ebû Yusuf'a göre tasarrufatta müsavat şart değildir.

Müfaveze suretiyle şirketi akd edenlere «Müfavizin» denir.

Müfaveze lâfzi ya tefvizden müstakdir Müsavat mânasını ifade eder, şerikler, ticaret mallarının hepsinde birbirine bütün tasarrufatı tefviz ettiği cihetle buna bu ad verilmiştir. Ve yahud intişar ve zuhur mânasını müfid olan fevz ve feyzezan lâfzından me'huzdur. Bu şirket, bütün tasarrufatta zuhur ve intişar üzere mebnî olduğundan bu namı almıştır. Ve ihtimâl ki böyle bir şirket, feyz ve berekete vesile olacağı cihetle böyle tesmiye edilmiştir.

34 — (Şirket-i emvâl) : Bir şirkettir ki şerikler, ortaya sermaye olarak bir miktar mal koyub ya birlikde veya ayrı ayrı veya bu ciheti şart etmeksizin alıb satmada bulunurlar, hâsıl olan kârı da aralarında bir nisbet dahilinde taksim ederler.

35 — (Şirketi âmâl) : Bir şirkettir ki şerikler, kendi amellerini = Çalışmalarını sermaye edib başkalarından iş taahhüd ve iltizam ederler, husûle gelen kazancı da aralarında taksimde bulunurlar. Buna «Şirket-i ebdan», «Şirket-i sanayi», «Şirket-i takabbül» de denilir. İki mimarın, iki terzinin veya bir mimar ile bir boyacının ortak olmaları gibi.

35 — (Şirketi 'vücuḥ) : Birden ziyade kimselerin sermayeleri olmadığı halde kendi itibariyle veresiye mal alıb satmaları ve ribhini aralarında taksim etmeleri suretiyle akd edilen bir şirkettir. Buna «Şirket-i mefalıs» de denilir.

Bu şirket, vecahet ve itibar sahipleri tarafından akd edileceği cihetle «Şirket-i vücuḥ», sermayeleri bulunmadığı cihetle de «Şirket-i mefalıs» adını almıştır.

36 — (Şirketi müzarebe) : Bir taraftan sermaye, diğer taraftan say' ve amel olmak üzere akd edilen bir nevi şirkettir. Sormaye sahibine «Rabbül'mal» amile de «Müzarib» denilir.

37 — (Şirket-i ayin) : Muayyen, mevcud, iştirâki kabil olan bir maldaki ortaklıktan ibarettir. İki kimsenin satın almış oldukları bir hanedeki ortaklıkları gibi.

38 — (Şirket-i deyn) : İki veya daha ziyade kimseye aid olub bir sebebdan dolayı bir şahsın zimmetinde sâbit olan alacakdaki ortaklıktan ibarettir. İki kimsenin satmış oldukları müşterek bir mallarının semeninden dolayı müşterinin zimmetindeki alacaklarındaki iştirâkleri gibi. Böyle bir alacağa «Deyn-i müşterek» denir. Müttehid bir sebebdan dolayı olmaksızın medyunun zimmetinde bir şahsa veya müteaddid şahıslara aid olan borclara da «Deyn-i gayrı müşterek» denilir.

39 — (Şirket-i ihtiyariyye) : Şeriklerin fiilleriyle husûle gelen iştirâktir. İki kimse tarafından ortak olarak alınan bir hanedeki şirket gibi.

40 — (Şirket-i cebriye) : Şeriklerin fiilleriyle değil, başka bir sebeble husûle gelen şirkettir. Tevarüs ile veya birbirinden temyizi güç malların kendi kendilerine karışmalarıyla husûle gelen iştirâk gibi.

41 — (Tahcîr) : Arazinin etrafına başkaları tarafından el konulmaması için taş ve saire vazetmekdir.

42 — (Tekabbül) : Kabul etmek, bir işi teahhüd ve iltizam eylemekdir. Bir hanenin yapılmasını, bir libasın dikilmesini deruhde etmek gibi.

(B İ R İ N C İ B Ö L Ü M)

ŞİRKETLERE MÜTEALLİK MESELELERİ MUHTEVİDİR

İÇİNDEKİLER : ŞİRKETLERİN UMUMİ MAHİYETİ. MEŞRÜİYETİ VE HİKMET-İ TEŞRİİYESİ, ŞİRKET-İ MÜLKÜN MAHİYETİ, TAKSİMİ VE AH-KAMİ, MÜŞTEREK AYANIN KEYFİYET-İ TASARRUFU ŞİRKET-İ DEYNE VE MÜŞTEREK VE GAYRİ MÜŞTEREK DÜYUNA DAİR MESELELER. MÜŞTEREK DÜYUNUN HÜKMLERİ. ŞİRKET-İ İBAHEYE DAİR MESELELER, ŞİRKET-İ AKDİN MAHİYETİ VE TAKSİMİ. ŞİRKET-İ AKDİN HER KISMINA ŞAMİL UMUMİ ŞARTLARI. ŞİRKET-İ EMVALE MAHSUS ŞARTLAR. ŞİRKET-İ AKDE MÜTEALLİK BAZI ZABITALAR.

ŞİRKET-İ İNANIN ŞİRKET-İ EMVAL KISMINA AİD MESELELER. ŞİRKET-İ İNANIN ŞİRKET-İ AMAL KISMINA DAİR MESELELER. ŞİRKET-İ VÜCUHE MÜTEALLİK MESELELER. ŞİRKET-İ MÜFAVEZEYE MÜTEALLİK MESELELER. ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN MAHİYETİ VE TAKSİMİ. ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN SİHHATİNİN ŞARTLARI. ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN HÜKMLERİ. MEZAHİBİ SAİREYE AİD MESELELER.

ŞİRKETLERİN UMUMİ MAHİYETİ, MEŞRUTİYETİ VE HİKMET-İ TEŞRİİYESİ :

43 — : Alelilâk şirket, lügatte en az iki nasibin, iki hissenin birbirinden temeyyüz etmeyecek surette karışması veya veya karıştırılmasıdır. Hukuk bakımından şirket ise bir malda, bir amelde, bir ribihde veya bir mal ile amelde ve ribhde en az iki kimsenin ya ihtiyarı veya gayrı ihtiyarı bir surette ortak olmalarıdır.

Şirketler, ıstılah kısmında da görüldüğü üzere şirket-i mülk, şirket-i ibahe, şirket-i akd kısımlarına ayrılır. Şirket-i akd de başlıca şirket-i inan, şirket-i müfaveze, şirket-i vücu, şirket-i müdarebe nevilerine ayrılmıştır. Nitekim sırasıyla izah edilecektir.

44 — : Şirketlerin meşruiyeti, kitabullah ile, sünnet-i nebeviyye ile icma-ı ümmet ile sâbittir. Nitekim bir âyeti kerimede (فَوَیْشَرُکَا وَالتَّائِبَاتِ) onlar terekenin üçde birinde ortakdırlar). buyurulmuştur. Bu bir şirket-i mülk meselesi demektir.

(وَإِنْ كَثُرَ أَمِنْ الْخَطَايَا بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آتَوْا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مِمَّا)

âyeti celilesi de kadîm tarihtenberi insanlar arasında şirketlerin mevcudiyetini ve bir çok ortakların birbirinin hukukuna tecavüz ettiklerini natık bulunmaktadır.

Evet.. Buyurulmuş oluyor ki: Mallarını karıştırmış olan bir çok ortaklardan bazısı, bazısının hukukuna tecavüz eder durur, ancak iyman edib salih emellerde bulunanlar müstesna, bunlar ise ne kadar azdırlar.

Resûli Ekrem, sallallâhü aleyhi ve sellem efendimiz, meb'us oldukları zaman da nas arasında şirket muameleleri carî bulunuyordu. Nası bu muameleler üzerine bırakmış, bunları menetmeyib takrir buyurmuştu.

Hattâ peygamberi zişan efendimiz, vaktiyle Saib İbni Şureyk adında bir zat ile ortak bulunmuşlardı. Saib, Mekke-i Mükerrremenin fethi günü huzuru nebeviyeye gelerek: Yâ Resûlallah!. Beni tanıdınız mı?. diye sormuş. Resûli efham efendimiz hazretleri de :

(و كيف لا اعرفك و كنت)

(حبر شرك لا تدارى ولا تمارى)

diye iltifatta bulunmuştu. Yani:

Seni nasıl tanımam!. Sen benim ortağım idin, sen hayırlı bir ortak idin, ne müdara eder, ne de mücadelede bulunurduk. (Mebsut-ı serahsi).

Diğer bir rivayete göre Resûli Ekrem Hazretleri şöyle buyurmuştu:

(مرحبا باخي وشريك كان لا بد اري ولا تمارى باسائ ! قد كنت تعمل اعمالا في الجماعة لا تقل منك)

(وهى اليوم تقل منك) merhaba kardeşime, ortağıma. Ne müdara eder, ne

de mücadelede bulunurdu. Ey Saib! Sen cahiliyet devrinde bir takım işler yapar idin ki, senden kâbul edilmezdi, bugün ise o işler senden kabul edilir. Yani: Onlar, islâmiyet nazarında birer meşrû ameldir (F'ethülkadir).

Velhâsıl : Şirket muameleleri, kadîm asırlarda olduğu gibi asrı saadetten zamanımıza kadar da bilâinkâr cereyan ederek bu hususda bir teamül takarrür etmiştir.

45 — : Şirketlerin hikmet-i teşriiyyesine gelince bu da zâhirdir. Bir kerre bazı şirketler, veraset gibi bir sebeble gayrı ihtiyarî olarak vücuda gelmektedir. Diğer bir kısım şirketler de medenî, içtimaî, ihtiyaçlar, zarûretler sâikasıyla bilihtiyar teşkil edilmektedir.

Usûli dairesinde yapılan meşrû şirketler, şüphe yok ki pek faidelidir, ik-tisadiyatın inkişafına hâdımır.

Bir çok işler vardır ki, öyle bir iki şahsın servetiyle, mesaisiyle meydana gelmez. Nice muazzam müesseseler vardır ki, bir çok kimselerin müşterek sermayeleriyle, çalışmalarıyla vücuda gelebilmişlerdir.

Maamafih bazı kimseler vardır ki, sermaye sahibi oldukları halde çalışmak kabiliyetinden mahrumdur. Bilâkis bir kısım kimselerde vardır, ki, çalışmaya kabiliyetli oldukları halde sermayeye malik değildirler. İşte bu gibi kimseler arasında bir taraftan sermaye, diğer taraftan amel olmak üzere şirketler akd edilmesi de hem her iki tarafın, hem de içtimaî hey'etin menfaatleri icabından bulunur.

Hâsılı metin, mürtakim, mütebassir kimseler arasında meşrû surette te-essüs edecek şirketlerden ferdler de, cemiyetler de pek çok müstefid olurlar.

Bir hâdis-i şerifde :

(يقول الله تعالى انما لك الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خن اخر جت من بينهما) buyurulmuştur. Yani: Allah Tealâ buyurur ki: Biri diğerine hiyanet etmedikce ben iki şerikin üçüncüsüyüm, fakat hangisi arkadaşına hiyanet edince ben aralarından çıkarım. Yani: Onları yardımdan, muvaffakiyetten mahrum bırakırım.

Bu hâdis-i şerif, şöyle de rivayet edilmiştir :

(يد الله على الشر يكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خن اخر جت من بينهما) yani: Allah Tealânın yed-i inayeti, iki şerik üzerindedir, bunlardan biri arkadaşına hiyanet etmedikce. Fakat biri diğerine hiyanet etti mi, yed-i inayetini onlardan kaldırır, onları muvaffakiyetten mahrum bırakır. (Ebû Davûd. Dare Kutnî).

Velhâsıl : Meşrû surette devam eden şirketlerin faidelei, lûzûmları bedihi olduğundan bunların meşrûiyyetindeki hikmeti daha ziyade tavzihe hacet yoktur.

ŞİRKET-İ MÜLKÜN MAHİYETİ, TAKSİMİ VE AHKÂMI :

46 — : Şirket-i mülk. — İstilah kısmında da yazıldığı üzere — esbab-ı temellükden bir sebeble veya malların halt ve ihtilâtı ile husûle gelen bir iştirâkdir ki, ihtiyarî ve cebri kısımlarına ayrıldığı gibi şirket-i ayn, şirket-i deyn kısımlarına da ayrılır.

Meselâ : İki kimse, bir malı satın alsalar o mal aralarında müşterek olur.

Kezalik : Bir kimsenin bir altını başkasının o cinsinden olan iki altını ile karıştırdı da temyizi kabil olmasa aralarında cebri olarak bir şirketi ayn vücudunda gelir. Bu halde bu altınların ikisi zayi olsa kalan bir altının üçde biri bir altın sahibine, üçde ikisi de iki altın sahibine aid olur. Çünkü bu üç altının her birinde ikili birli olarak aralarında bir şirket vücuda gelmiştir (Mecelle, Mecmaül'enhür).

47 — : Müteaddid vedilerin vedayı hıfzdaki iştirâkları, bu şirket-i ihtiyariyyedir. Amma bir hancye rüzgârın esib de düşürmüş olduğu bir libas o hane sahibleri arasında bir şirketi cebriyye kabilinden olarak müşterek bulunur (Mecmaül'enhür).

48 — : Bir kimse, müstakilen malik olduğu birmalda keyfe mayeşa = Dilediği gibi tasarruf edebileceği gibi müteaddid kimseler de müştereken malik oldukları bir malda bilittifak diledikleri vechile tasarruf edebilirler. Meselâ: Müşetrekten malik oldukları bir hancyi bilittifak satabilirler veya başkasına hibe veya vakfedebilirler.

49 — : Bir müşterek hanede sahibleri mümkün ise birlikde sâkin olabilirler, biri diğerine mani olamaz. Fakat birinin rızası olmadıkca diğeri o haneye yabancı bir şahsı ithâl edemez, rızası olmayan şerikin bunu men'e hakkı vardır (Tenkih-i Hâmidî).

50 — : Bir müşterek mülkte hissedarlardan biri, diğerlerinin sarahaten veya delâleten olan izniyle müstakillen tasarruf edebilir, meselâ: Onu satabilir, icareye verebilir. Fakat kendisine izin veren hissedara muzir olacak vechile tasarrufda bulunamaz. Meğer ki bu tasarrufa da serahaten izin vermiş olsun (Kadıhan).

51 — : Hissedarlardan biri, diğerine «Hisseni bana sat, kiraya ver veya benim hisemi al, isticar et.» diye cebredemez. Çünkü bu gibi muamelelerde rıza şarttır. Fakat bir müşterek kabil-i kısmet bulunup hissedar da gaib dergelse değil hissedar, bu mülkü cebren ve kayhen taksim ve kabili kısmet dergilse muhayee ettirebilir (Mecelle Tankih.).

52 — : Şirketi mülk ile müşterek olan malların hasılatı, hissedarlar arasında hisselerine göre taksim olunur. Binaenaleyh bir müşterek hayvanın südünden, yavrularından veya yününden hissedarların birine hissesinden fazla bir şey şart edilse sahih olmaz. Meselâ: Bir hanenin üçte biri bir şahsın, üçte ikisi de diğer bir şahsın olduğu halde bu hanenin bedeli icarını yarı yarıya almayı şart kılmış olsalar bu şart, muteber olmaz. Asl mülkteki nisbeti buna münafidir.

53 — : Hayvanların yavruları, mülkiyyette analarına tâbidir. Binaenaleyh birinin atı, başkasının kısrağına aşıya hasıl olan yavrusu kısırak sahibine aid olur.

Kezalik: Birinin dişi, diğerinin erkek güvercinleri bulunsa yavruları dişi güvercin sahibine aid bulunur (Hindiyeye):

54 — : Şirket'i mülkte şeriklerden her biri, diğerinin hissesinde ecnebidir. Yoksa şirket akdde olduğu gibi biri diğerinin vekili değildir.

Binaenaleyh müteşariklerden birinin izni olmadıkca diğeri onun hissesinde tasarruf edemez. Meselâ: Müşterek bir hayvanı sahiplerinden biri diğerinin izni olmaksızın kiraya veremez, iâre edemez. Hayvan, müstecirin veya müsteirin elinde telefolsa diğeri ona hissesine tazmin ettirebilir.

Kezalik: Müşterek beygire binip veya yük yükletip giderken beygir telef olsa diğerinin hissesini tazmin eder.

Kazalik: Müşterek beygiri bir müddet istimâl etmekle hayvan zebun olub fiatine noksan gelse diğerinin noksan-ı kıymetten hissesini zâmin olur. Çünkü zilyed olan şerik, diğer şerikin hissesine nazaran müstevida hükmündedir. Müstevida ise sahibinin izni olmaksızın vediaı başkasına icar ve iâre ve istimâl edemez.

Fakat müşterek hane bundan müstesnadır. Şöyle ki bu hane, sükna hüsusunda ve içerisine girip çıkmak gibi sükenanın tâbilerinden olan ahvalde sahiplerinden her birinin vechi' kemal üzere mülkü mahsusımiş gibi itibar olunur.

Binaenaleyh bunlardan biri, diğerinden izin almaksızın bu halde bir müddet sâkin olsa kendi müstakil mülkünde sâkin olmuş gibi sayılır. Bu cihetle ortağının hissesi için ücret vermesi icab etmez. Çünkü bunu mülk tevilyle istimâl etmiş olur. Meğer ki şeriki çocuk veya vakf veya beytül'mal olsun. O takdirde şerikine aid hissenin eciri mislini vermesi lâzım gelir (Tenkih- Hamdî, Mirat-i Mecelle).

55 — : Müşterek hanede hazır olan sahibiyle gaib olan sahibinin hisseleri, birbirinden müfrez, yani: Usuline tevfiakan taksim edilmiş olursa hazır olan sahibi, gaibin hissesinde oturamaz. Ve hâkimin izni olmaksızın başkasına kiraya veremez. Şu kadar var ki, boş durmakla harab olmasından korkulursa kayfiyet hâkime bildirilir. Hâkim de o müfrez hisseyi kiraya verib bedelini gaib için saklar (Hizanetül müftîn).

56 — : Müşterek bir mülkte hazır olan şerikin gaib olan şerik muzir olmayacak vechile kendi hissesi mikdarınca intifaina gaibin rızası var sayılır.

Meselâ: Müşterek hâdım, gün aşırı istihdam edilebilir. Buna delâleten rıza vardır (Reddimuhtar).

57 — : Müstimilinin istimâlîyle muhtelif olan müşterek mülkten hazır olan şerikin hissesi kadar intifaina gaib şerikin delâleten rızası bulunamaz.

Meselâ : Müşterek elbiseyi sahiplerinden biri, diğerinin serâhaten rızası bulunmadıkça giyemez. Ve müşterek şerikelerden biri, diğer şerikin gıyabında binemez. Fakat yük taşımak, çift sürmek gibi müstamilinin ihtilâfîyle fuhtelif olmayan işlerde hissesi kadar istimâl edebilir (Hindiyye).

58 — : Hanede sükena, müstamilinin istimâlîyle ihtilâf etmez.

Binaenaleyh maksum olmayıp yarı yarıya müşterek bulunan bir hanenin sahiplerinden biri gaib olsa diğeri muhayyerdur: Dilerse o haneden yalnız hissesi kadar intifa eder, Meselâ: Orada altı ay kendisi oturur, altı ay da şeriki namına onu terk eder. Bu takdirde gaib olan şerik de hissesini istifa etmiş sayılır, bilâhare gelince ayrıca bir müddet oturmaya düstahik olmaz. Ve edilirse hazır olan şerik o haneden aleddevam, yani: Hissesinde daha ziyade intifa eder, meselâ: Gaib şerikin zuhuruna kadar orada oturur, elverir ki bu hal, o haneye muzir olmasın. Bu takdirde gâlib olan şerik de gelince o kadar müddet bu hanede oturabilir, hakkı muhfuz bulunmuş olur.

Mahaza hazır şerikin dairesi halkı kalabalık bulunursa gaibin serâhaten izni olmadıkça bu hanede oturamaz. Zira bu halde hane, müstemilinin istimâlîyle ihtilâf eden şeyler kabilinden olur.

Gayrı meshur bir rivayete göre hazır olan hissedar, müşterek hanenin yarısında, meselâ: Harem ve selâmlık daireleri var ise dâima harem daire sinde oturur, selâmlık dairesini boş bırakır (Haniyye, Dererülhükâm).

59 — : Müşterek bir ayinde muhayee, yani menafi taksim cari olur. Söyle ki: Şeriklerden bazıları, husumette bulunarak muhayee talebinde bulunursa muhayee cari ve muteber olur.

Binaenaleyh birmüşterek hanede hazır bulunan sahiblerinden biri, diğerinin hissesi için ücret vermeksizin bir müddet müstakillen otursa diğeri o müddet için kendi hissesinin ücretini isteyemez veya kendisinin o kadar müddet oturmasını talep edemez, vevlki bu hane muaddün lilişiglâl olsun. Çünkü şeriklerden her birinin ikameti mülk tevilline müsteniddir. Muhayee ise husumetden sonra muteberdir. Şu kadar var ki diğer şerik, hane kabili taksim olduğu takdirde taksim edilmesini isteyebilir veya bundan sonra muteber olmak üzere muhayee yapılmasını talep edebilir.

Fakat müşterek hane sahiplerinden biri gâib bulunursa geldiğinde o da o hanede o kadar müddet sâkin olabilir. Bu mesele, İmam Muhammed'den mervidir. Fukahayı kiram, bunu istisan etmiştir. Fetva da bunun üzerinedir.

Şayed bu hane sahiplerinden biri yetim veya vakf olursa hissesinin ecri mislini o hanede sâkin olan şerikden almaya müstahik olur (Feyziyye, Reddimuhtar).

60 — : Müşterek bir malı sahiplerinden biri, başka bir şahsa kiraya verip ücretinin tamamını aldıkda bakılır: Eğer diğer sahipleri, icazet şartları mevcut olduğu halde bu kiraya icazet verirlerse bu ücretten hisselerini hükmen alabilirler, ve eğer icazet vermez veya icazet şeraiti mevcut bulunmaz ise bu hisselerini hükmen alamazlar. Çünkü bu mücir olan şerik, gasıb mesabesinde dir. Menafii gasb ise lâzımüz zaman değildir. Şu kadar var ki, bu hisseler, o şerike tiyb olmaz, bunu şeriklerine vermesi veya tasadduk eylemesi diyanet muktezasıdır.

Fakat o mal, muaddün lilişiglâl ise veya diğer şerikler çocuk veya vakf veya beytül'mâl ise hisselerinin ecri mislini kiraya veren şeriklerden alırlar. Ve eğer ecri müsemma, ecri misilden ziyade ise bu ziyadeyi de red veya tasadduk etmek diyaneten lâzımdır (Reddimuhtar, Tenkih-i Hâmidî).

61 — : Müşterek haneyi hazır olan sahibinin kiraya verip ücretinden kendi hissesini alması, gâib şerikin hissesini de hıfz etmesi caizdir. Binaenaleyh gâib gelince bu hissesini o hazır şerikden alır (Tenkih).

62 — : Şeriklerden birinin hissesi, diğerinin elinde vedia hükmündedir.

Binaenaleyh bunu razi olmadığı kimseye idâ, iare, icar, terhin edemez. Edib de o mal, telef olsa müşarikinin hissesini zâmin olur (Tenkih, Bezziyye).

63 — : Hissedarlardan biri, kendi hissesini şerikine satabileceği veya hi-

be, vasiyet, bedeli icar gibi bir tarık ile mülkünden çıkarabileceği gibi şerikinden izin almaksızın başkasına da satabilir. Şerikinin yalnız bazı hususlarda hakk-ı şüf'ası vardır.

Fakat müşareket, halt veya ihtilât suretiyle husûle geise, meselâ: İki kısım buğday birbirine karıştırılrsa şeriklerden biri, müşarîkinin izni olmadıkca bu maldaki hissesini başkasına satamaz. Çünkü bu takdirde şerikler, bu mahlût mâlin her birine, meselâ: Her danesine şayiân malın değildirler. Belki her daneye karışmadan evvel hangisi malik ise karışdıktan sonra da yine o, müstakillen malikdir. Ancak bu halt ve ihtilât neticesinde bir şirket husûle gelmiştir. Binaenaleyh şeriklerden biri, kendi hissesini başkasına satınca bu hisseyi şerikinin hissesiyle mahlut olmaksızın müşteriye teslimi mümkündür olamaz. Bu halde bu satış muameləsi, şirketinin iznine mütevakıf bulunur (Mecmaaül'enhür).

64 — : Müşterek bağ ve bahçe sahiplerinden biri gaib olunca diğeri onları timar ve muhafaza ile husûle gelen meyvalardan kendi hissesini ahz ve istiklâk eder, gaibin hissesini de satıp semenini tevkif eyler. Yahud meyvaların tamamını satıp gaibin semeninden hissesini saklar. Gaib gelince muhayyerdur: Dilerse bu satış muamelesine razı olur, semenden hissesini alır, dilerse razı olmayıp meyvalardan hissesini şerikine tazmin ettirir. Bu şerik onların haracını vermiş ise muteberri sayılır. Çünkü hâkime müracaat etmeksizin kendi kendine hareket etmiş, gaibin borcunu emri olmaksızın ödemiş olur (Kadıhan, Reddimuhtar).

65 — : Müşterek araziyi müşariklerden biri, diğerlerinin izniyle ve aralarında müşterek tohum ile ekse hâsılat aralarında müşterek olur.

Müşariklerden biri, diğerlerinin izniyle kendi tohumunu ekse hâsılatı yalnız kendisine aid olur. Bu, bir iâre muamelesi demektir. Bu yüzden araziye noksan hasıl olsa bunu tazmin lâzım gelmez.

Müşariklerden biri, diğerlerinin izinleri olmaksızın müşterek tohumu ekse diğerlerinin tohumdan hisselerini zâmin olur. Araziye noksan âriz olmuş olursa ondan da diğerlerinin hisselerini ödemesi iktiza eder.

66 — : Müşterek arazi sahiplerinden biri, diğerlerinin izinleri olmaksızın kendi tohumıyla ziraatte bulunsa bakılır: Eğer ekilen şeyler yetişmiş veya yetişmeğe yaklaşmış ise diğerlerinin âdet-i belde üzere mahsûlâtta sülûs veya rubu' gibi bir hisse almaya salâhiyetleri olmaz. Veleve ki arazi, kiraya verilmek için tâyin edilmiş bulunsun. Çünkü bu şerik, kısmen kendi mülkünden intifa etmiştir. Şu kadar var ki, bu takdirde ziraatla araziye noksan gelmiş olursa diğerleri, kendi hisselerine düşen noksanı bu müşarîke tezmîn ettirebilirler.

Mahazara diğer şerikler, çocuk veya vakf veya beytül'mal olursa onlara ecir misl verilmesi de lâzım gelir.

67 — Yukarıdaki mesele vechile ekilen ekin, eğer yetişmiş olduğu halde henüz idrâke yaklaşmamış bulunursa diğer şerikler, hazır olunca bu ekilmiş araziye aralarında hisselerine göre taksim edebilirler. Bu ekini eken şerikin nasibinde kalan miktar, hali üzere bırakılır, diğer şeriklerin hisselerinde kalan miktar, koparılabilir. Bu sebeble araziye noksan gelmiş ise bundan dolayı da sair şeriklerin hissesini tazmin lâzım gelir. Çünkü diğer şeriklerin hisseleri gasb edilmiş demektir.

Ve ekilen şeyler, henüz bitmemiş ise diğer şerikler, muhayyerdirler: Ya ekinin yetişmesine kadar bekler, sonra biter ekinleri kopartırlar ve yahut İmam Ebû Yusuf'a göre tohumun mislini vererek bu ekinlere iştirâk vechi üzere temellük ederler. Bu yüzden araziye noksan âriz olmuş ise bunu da tazmin ettirebilirler. Meğer ki bu arazi, arazi-i emiriyyeden olsun. O halde Türkiyedeki arazi kanununa göre noksan-ı arzi tazmin ettirmeğe diğer şeriklerin hakkı yoktur (Camiül-füsûleyn, Tenkih-i Hamidi, Dererül-hükkâm).

68 — : Müşterek arazi sahiplerinden bazısı gaib oldukda bakılır: Eğer o arazide ziraatin noksanı erzi mucib olmayıp erze nafi' olacağı bilinirse hazır olan şerik, o arabinin tamamını ekebilir. Çünkü bu vechile ziraate gaibin delâleten izni vardır. Bu halde gaib olan şerik gelince o da bu arazinin tamamından ve o nisbet dahilinde ziraatte bulunabilir.

Meselâ: Arazi, hazır ile gaib olan şerik arasında münasafeten müşterek bulunmuş ise gaib gelince o da hazır şerikin ziraatte bulunmuş olduğu müddet miktarı ekin ekebilir.

Fakat ziraatin o araziye noksan vereceği veya ziraatin terk edilmesi, o araziye nafi, onun kuvvellenmesini mucib olacağı malûm olursa o arazinin ekilmesine gaib şerikin delâleten izni bulunmuş olmaz.

Binaenaleyh bu halde hazır olan şerik, o arazinin hiç bir miktarını ekemez. Buna muhalif olan kavl, doğru görülmemektedir.

Şâyed hazır olan şerik, o arazinin tamamını ekdirirde oraya noksan âriz olursa gaib olan şerik geldikde ona noksan arzden hissesini tazmin ettirebilir.

Bu tafsilât, hazır olan şerikin hâkime müracaat etmemiş olduğu takdirde dir. Amma hâkime müracaat ederse her halde öşür veya mukasama suretiyle haracı erz zayi olmamak için o arazinin tamamını ekmek için kendisine hâkim izin verir. Bu halde gaib gelince noksanı erz dâvasında bulunamaz (Camiül-füsûleyn, Bahrirâik, Dürerülhükkâm).

Arazi-i emiriyye de ise kanun-i mahsus hükmü carî olur.

69 — : İrsen intikal eden arazide vârislerden bazısı, müşterek olan tohumu diğerlerinin veya çocuk iseler varislerinin izniyle ekse hasılatı hepsinin arasında müşterek olur. Fakat içlerinden birisi, kendi tohumunu veya onların izinleri olmaksızın müşterek tohumu ekse mahsulâtı kendisinin olur. Bu halde diğer vârislerin tohumdan hisselerinin mislini ve ziraatle azariye noksan ârız olmuş ise bundan da sair vârislerin hisselerini zâmin olur (Tenzih, Reddimuhtar).

70 — : Varislerden biri, diğerlerinin izinleri olmaksızın terekeden kabûl kısmına bir mikdar para veya sair bir mal alıb bununla alış verişte bulunsa zararı yalnız kendisine aid olur, kâr ettiği surette bundan sair vârisler alamazlar. Bu kâr, İmam Ebu Yusuf'a göre o vârise tıyb olur. Çünkü o vâris, bu kâra bir zaman mukabilinde malik olmuştur. İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre tıyb olmaz, bunu tasadduk etmes ilâzım gelir. Zira kârın tıyb olması mülk ile zamana mübtendir. Mülk ise taaddi ile husûle gelmez. Taaddi esbabı mülkten değildir, belki zamanı edâ ânında vakt-i gasba istinaden mülk husûle gelir. Müstenid ise minvechin, sâbit, minvechin gayrı sâbittir. Binaenaleyh tam bir mülk bulunmadığından kâr, o vârise tıyb olmaz (Hidaye, Gayetül'beyan).

71 — : Bir veya müteaddid ölümlerin vârisleri bunların terekelerini taksim etmeyib de onda amel ederek miktarını çoğaltsalar bakılır: Eğer birinin kesbi, diğerlerinin kesblerinden temeyyüz edilmeyecek bir halde ise kazanc aralarında bisseviye taksim edilir, biri diğerinden ziyade hisse alamaz. Fakat asl terikedeki hisseleri alâhaliha feraiz mucabince müşterek olur (Hâmidîyye).

ŞİRKET-İ DEYNE VE MÜŞTEREK GAYRİ MÜŞTEREK DÜYUNA DAİR MESELELER :

72 — : Birden ziyade kimselerin bir veya müteaddid şahıs zimmetinde olan ve birbirine müsavi veya mütefavit miktarda alacakları, hakikaten veya hükmen bir sebebden naşi olursa bu alacak, o kimselerin aralarında şirket-i mülk ile müşterek bir deyn olur. Fakat bir sebebden naşi olmazsa müşterek bir deyn olmaz. Nitekim aşağıdaki meselelerden tevazzuh edecektir (Dürrümühtar).

73 — : Bir müteveffanın terk ettiği ayan, kendi vârisleri veya musalehleri arasında hisselerine göre müşterek olduğu gibi başkası zimmetinde olan alacağı da bunların beyninde hisselerine göre müşterek olur. Çünkü bu alacak, sebab-i vahid olan irsden veya vasiyetden dolayıdır.

74 — : Müşterek bir malı itlâf eden kimsenin zamanen deyni olan meblâğ, o malın sahibleri arasında hisselerine göre müşterek olur. Çünkü sebebi deyn, müttehtidir ki. o da itlâfdan ibarettir.

75 — : Müteaddid kimseler aralarında müşterek olan şu kadar meblağı veya mekilâtan, mevzunattan veya adediyyat-ı mütekaribeden bir şeyi bir şahsa veya müteaddid şahıslara birlikte borc verseler bu borc, o kimseler beynin müşterek bir alacak olur. Çünkü bu alacak bir sebebdendir, yani: Karz muamelesinden münbaisdir.

Binaenaleyh bu kimselerden biri, bu alacakdan kendi hissesini veya bir kısmını kabz etse diğerleri de müşterek olub bundan hisselerini alabilirler (Hidaye).

Fakat bu kimseler, bir şahsa başka başka paralar ve saire borc verseler her biri başka bir alacaklı olur. Bunlar o kimseler arasında müşterek olmaz. Zira borcun sebebi olan ikraz muamelesi, müteaddiddir, velevki bu borcların hepsine dair bir sened verilmiş olsun (Feyziyye).

76 — : Müşterek bir mal, bir sefka ile, yani : Bir akd ile satılıp da sahiblerinden hiç birinin hissesi, satış ânında zikr ve tesmiye edilmese bundan dolayı müşteri zimmetinde olan alacakları bir müşterek deyn olur.

Amma satış ânında her birinin satılan şeyin semeninde olan hissesinin miktarı veya nev'i tesmiye ve tâyin kılınsa, meselâ: «Birinin hissesi şukadar diğerinin hisseside bukadar kuruş ve yahut birinin hissesi hâlis meskûkât, diğerinin hissesi de mağşuş meskûkât» diye hisseleri tefrik ve temyiz edilse bâyiler, mebiinsemeninde müteşarik olmayıp her biri başka bir alacaklı olur. Çünkü tesmiyeye tefrik, bâyiler hakkında sefkayı tefrik gibidir (Nihaye).

Kezalik : Şeriklerden biri, şayi hissesini bir şahsa sattıktan sonra diğeri de hisse-i şayiasını ayrıca bir akd ile yine o şahsa satsa bunun semeninde ortak olmayıp her biri başka bir alacaklı olur. Çünkü bu deynler, ayrı ayrı sebebler ile vacip olmuştur.

77 — : Müşterek bir mal, şerikler tarafından malum bir ücretle ve bir sefka ile bir şahsa kiraya verilip hiç birisinin hissesi icar ânında zikr ve tesmiye edilmese bu şerikler, o ücretle hisselerine göre ortak olurlar.

78 — : İki kimse, müstakillen malik oldukları birer malı bir safka ile bir şahsa satıp semeninden hisselerini satış ânında zikr ve tesmiye etmeseler o şahıs zimmetindeki alacakları aralarında müşterek olur.

Meselâ : Birinin bin kuruş kıymetinde bir atı, diğerinin de beş yüz kuruş kıymetinde bir kısrağı olub ikisini birlikte şu kadar kuruşa satsalar bu meblâğ bunların arasında bu hayvanların kıymetleri nisbetinde müşterek

bir alarak olur, bunun üçde ikisi at sahibine, üçte biri de kısrak sahibine verilir.

Fakat herbiri kendi hayvanına şu kadar kuruş semen tesmiye ederse her biri başka bir alacaklı olup hayvanların mecmu-i esmanı bir müşterek deyn olmaz.

Kezalik : İki kimse ,birer mallarını bir şahsa başka başka sefkaler ile satsalar veya kiraya verseler bedeli müşterek bir deyn olmayıb her biri başka bir alacaklı bulunmuş olur. Çünkü sefkalar müteaddiddir.

79 — : İki kimse, bir şahsın borcunu onun emriyle olan kefaletleri hascebiyle aralarından müştereken olan bir maldan tediye etseler mekfûlünanî olan o şahısdaki bu alacakları aralarında müşterek olur (Hindiyye).

80 — : Bir kimse, borcunu ödemek üzere iki şahsa emr edib onlar da bu borcu tediye ettiklerinde bakılır: Eğerbunu aralarında müşterek olan bir maldan vermişler ise o kimsede olan alacakları bir müşterek borc olur. Fakat aralarında müşterek olmayan bir maldan ödeyib de her birinin hissesi hakikaten mütemeyyiz bulunursa bu alacak, müşterek bir deyn olmaz. Müccerred birlikde ödemiş olmaları, bu alacağın müşterek olmasını icab etmez (Hindiyye).

81 — : Bir deyn, müşterek olmayınca dâyinlerden her biri, kendi alacağını medyundan ayrıca talep ve istifa edebilir ve her birisi ne kabz ederse kendi alacağına mahsub eder, diğer alacaklı bundan hisse alamaz, vevlevki medyunun başka malı bulunmasın. Çünkü medyum berhayat olunca borclarını mallarına değil, zimmetine taâllûk eder. Medyun ise berhayat oldukça nefesine velâyeti bulunacağından mahcur olmadıkca garimlerinden bazılarının alacaklarını tercihan tediye edebilir (Hindiyye, Tenkih).

MÜŞTEREK DEYNLERİN HÜKMLERİ:

82 — : Bir deyn, müşterek olunca dâninlerden her biri kendi hissesini medyundan talep ve dâva edebilir, hepsinin birlikte dâva etmeleri icab etmez.

Binaenaleyh dâyinlerden biri, değerlerinin gıyabında hâkime müracaat ile hissesini medyundan talep etse vermesi için hâkim tarafından emr olunur. Şu kadar var ki, bumüşterek deynden dâyinlerin biri her ne miktar ve ne cins kabz ederse bu da diğer dâyinler ile aralarından müşterek olur. Makbuz, gerek deynin misli olsun ve gerek ondan edna veya âlâ bulunsun. Maamafih bu halde kabız olmayan dâyin, muhayyerdir: Dilerse hissesiyle kabız olan dâyine müracaat eder ve dilerse makbuzu kabıza terk ile hissesini medyundan ister.

Fakat müşterek dâyinlerden biri, kabz ettiği kendi hissesi elinde kazara telef olsa veya bu hissesini medyuna hibe veya medyunu bundan ibra etse, diğer dâyin, hissesini o şerikine tazmin ettiremez. Belki medyundan ister.

83 — : Dâyinlerden biri müşterek deyndeki hissesini alıb da sarf ve istihlâk etse şeriki muhayyer olur: Dilerse ona bu müstehlek makbuzda olan hissesini tazmin ettirir, kabız, onu yalnız kendi hissesine mahsub edemez, ve dilerse bu makbuzu kabıza terk ile kendi hissesini medyundan talep eder.

Meselâ : İki kimse arasında münasefeten müşterek olan bin kuruş alacakdan birisi hissesi olan beş yüz kuruşu medyundan alıb sarf ve istihlâk etse şeriki dilerse iki yüz elli kuruşu ona tazmin ettirir. medyunun zimmetinde kalan beş yüz kuruş da aralarında yine müşterek olur. Ve dilerse tazmin ettirmeyib medyunun zimmetindeki beş yüz kuruş yalnız kendisine aid olur (Bedâyi, Hindiyeye).

84 — : Varislerden biri, deyni müşterekdeki hissesi mukabilinde cinsi hilâfına bir mal üzerine sulh olsa diğer dâyin muhayyer olur: Dilerse bedeli sulhü musalâha yapan şerikine terk ederek medyundan kendi hissesini talep eder ve dilerse şerikinin yaptığı musalâhaya muvafakat eyler. Bu takdirde bu şerik, muhayyerdır: Dilerse bedeli sulhden müşarikine isabet eden miktarı ona teslim eder ve dilerse deyn den müşarikinin hissesine isabet eden miktarı ona tediye eyler (Dürrü'l-hükkâm, Mecmaül'enhür).

85 — : Müşterek dâyinlerden biri, müşterek deyn den bir şey kabz etmeyib yalnız hissesine bedel medyundan bir mata' satın alsa diğer dâyinler, satın alan dâyin razi olmadıkca o matada müşarik olmazlar. Çünkü bu müşteri, o metaa bu deyn sebebiyle değil, belki akdi şira sebebiyle malik olmuştur. Akdi şira ile binefsihi mülkiyeti müsbittir.

Bu halde diğer dâyinler muhayyerdirler: Dilerlerse bu matanın semeninden kendi hisselerini bu müşteri olan dâyine tazmin ettirirler. Çünkü bu metaa aid semenin bir kısmı kendilerine aiddir. Ve dilerlerse hisselerini medyundan isterler. Amma bu şerikler, o metaı müştereken almak hususunda ittifak ederlerse o meta, aralarında müşterek olur. Medyunun zimmetinde kalan mütebâki deyn de yine aralarında müşterek bulunur (Hindiyeye).

86 — : Dâyinlerden biri, yukarıdaki meseleler vechile müşterek deyn den bir miktarını veya tamamını gerek kabz etsin ve gerek kendi hissesine bedel bir mal satın alsın ve gerek alacağı mukabilinde bir mal üzerine medyun ile sulh olsun diğer dâyinler hersurette muhayyerdirler: Dilerlerse şeriklerinin bu muamelesini muciz olurlar, hisselerini mevcut ise aynen ve müstehlek ise bedelen ondan alırlar. Ve dilerlerse muciz olmayıb hisselerini medyundan

isterler. Şayed medyundaki alacakları — onun iflâsı sebebiyle — batarsa hissesini kabz etmiş olan dâ yine rücu ederler. Mukaddema muciz olmaları, rücu mani olmaz. Çünkü diğer dâ yinlerin bu kabza rıza göstermeleri, medyunun zimmetindeki bâki hisselerin kendilerine salim kalması içindir. Bu hisse-ler, salim kalmayınca hakkı müracaatları avdet eder.

Bu iflâs meselesi, imameyne göredir. İmamı Âzama göre iflâs, ancak medyunu müflisin vefatıyla tahakkuk eder. Medyun vefat etmedikçe iflâsın- dan dolayı diğer dâ yinlerin, hissesini alan şeriklerine bu müracaatları caiz olmaz (Mecelle şerhi: Atıf Efendi).

87 — : Dâ yinlerden biri, müşterek deyndeki hissesine bedel medyunu ücret ile istihdam veya medyunun bir malını isticar etse diğerleri muhayyer olurlar, dilerlerse ücretten kendi hissesine isabet edeni ona tazmin ettirir ve dilerse hissesini medyundan ister (Hindiyeye).

88 — : Dâ yinlerden biri, müşterek deynde olan hissesini medyundan alıb da elinde kazara telef olsa şeriklerinin bu makbuzda olan hisselerini zâmin olmaz, bu dâ yin yalnız kendi hissesini istifa etmiş olur. Medyunda kalan alacak da diğer şeriklere aid olur (Hindiyeye).

89 — : Müşterek dâ yinlerden biri, deynden kendi hissesi için medyundan aldığı rehn, telef olsa şerikleri muhayyer olurlar. Dilerlerse medyuna müracaat ederler ve dilerlerse mürtehin olan şerike kendi hisselerini tazmin ettirirler.

Meselâ: Yarı yarıya müşterek olan borcun miktarı yüz lira olub da iki dâ yinden biri kendi hissesi için almış olduğu elli liralık bir rehn telef olsa bu müşterek alacağın yarısı sâkit olacağından diğer dâ yin, muhayyer olur, dilerse bu rehinden kendi hissesine düşen yirmi beş lirayı o mürteherine tazmin ettirir, bu halde mütebâki elli lira aralarında müşterek olur ve dilerse hissesi olan elli lirayı tamamen medyundan isteyib alır.

90 — : Dâ yinlerden biri, müşterek deyndeki hissesi için medyundan kefil aldığı veya hissesini bir kimse üzerine havale ettiği surette kefilden veya muhalünaleyhden ahz ve kabz edeceği meblâğda diğer dâ yin, dilerse kendisine müşarik olur, mütebâki deyn yine aralarında müşterek kalır. Ve dilerse kendi hakkının tamamını medyundan ister alır.

91 — : Müşterek dâ yinlerden biri, müşterek deyndeki kendi hissesini tamamen veya kısmen medyuna hibe etse veya medyunun zimmetini ondan ib- ra eylese hibesi veya ibrası sahih olur, deynin o miktarı hemen sukut eder. Bu vahib veya mübri olan dâ yin, şerikinin hissesini zâmin olmaz. Çünkü bir şey kabz ve istifa etmiş değildir.

92 — : Müsterek bir deynde dâyinlerden biri, medyunun bir malını itlâf etmekle bu mal, kendisinin alacağına zamanen takas edilse şeriki muhayyer olur, dilerse ondan hissesini alabilir. Çünkü takas ile müsterek deynin bir mikdarı kabz edilmiş demektir, ve dilerse tam hissesini medyundan ister.

Fakat müsterek deynin medyan zimmetinde sâbitundan mukaddem olan bir sebeble dâyinlerden birinin medyuna borcu olup da bu borc, dâyin müsterek deyndeki hissesiyle takas edilse müşariki ona hissesini tazmin ettiremez. Zira bu takdirde dâyn, müsterek deyni kabz etmiş olmaz ki, şeriki kendisine hissesini tazmin ettirebilsin (Hidaye, Kifaye, Ebüssuûd).

93 — : Dâyinlerden biri, diğerlerinin izni olmaksızın -- hiç birinin akdile vacib olmayan -- müsterek bir alacağı, meselâ: Tevarüs ettikleri muaccel bir deyni tamamen veya kısmen tecil ve tehir edemez. Böyle bir tecil, ne kendi hissesinde ve ne de şerikin hissesinde sahih olmaz. Zira böyle bir tecil, ya şerikin hakkında tasarruftur veya deynin kablelkabz taksimi demektir ki, bunlar caiz değildir.

Bu mesele, İmamı Azam ile İmam Muhammed'e göredir. İmam Ebû Yusuf'a göre bu tecil, sahihdir (Nihaye).

94 — : Bir deyn, şeriklerden birinin akdile, meselâ: İdanesiyle vacib olmuş olsa bakılır: Eğer bunlar şirketi inan ile şerik iseler idaneye mübaşeret eden şerikin bu deyni tecili sahih olur (Bahrirâik).

Bir de şeriklerden biri, müsterek deynin şu kadar müddet müaccel olduğunu ikrar ettiği halde diğerleri inkâr eylese ikrar edenin hissesinde ikrarı bilittifak sahih olur (Nihaye).

95 — : Bir malı müstereken satın almak, müşterilerin birbirine kefaletini mütezammin değildir. Binaenaleyh bir kimse, iki şahsa bir akd ile bir mal satsa her birinden alacak hissesini başka bayka taleb eder. Müşteriler, birbirine kefil olmadıkça birinin borcu diğerinden mutalebe olunamaz.

Bir malı müstereken isticar, istikraz, havale, itlâf da bu hükmdedir.

Meselâ : Bir kimse, bir malını iki şahsa bir akd ile kiraya verse her birinden hissesini ayrıca ister alır, bu şahıslar birbirine kefil olmadıkça biri diğerinin hissesiyle mutalebe olunamaz (Dürerülhukkâm).

ŞİRKETİ İBAHEYE DAİR MESELELER :

96 — : Bir kimsenin daire-i ihrazına dahil bulunmayan sular, otlar, ateşler, sahradaki av hayvanları, cibal-i mübahedeki hüdayi nabit ağaçlar, sahibsiz yerlerdeki hüdayi nabit ağaçların meyvaları nas arasında şirket-i ibahe

ile müşterek olub bunlardan istifade etmeleri kendilerine mübahtır. Nitekim aşağıda izah edilecektir.

Fakat böyle bir suyu, otu, ateşi, av hayvanını, ağacı veya meyveyı bir kimse kendi tesebbübiyle elde ettiği veya yetiştirdiği takdirde ona müstakillen malik olacağından onun rızası olmadıkça bundan başkasının istifade etmesi mübah olmaz.

97 — : Yer altından akıp giden sular, kimsenin mülkü değildir. Binaenaleyh bunlarda nas, ibahe suretiyle müşterekdir. Meselâ: Bir kimse, hanesinde bir kuyu kazsa çıkacak sudan istifade edebilir. Onun yanındaki hane sahibi de kendi hanesinde bir kuyu kazıyarak suyundan müstefid olabilir. Veleve ki bunun neticesinde komşusunun kuyusundan su çekilsin. Çünkü yer altındaki sular, kimsenin mülkü değildir ki, bunun çekilmesine sebep olan şeye mani olabilsin (Haniyye, Tenvir).

98 — : Muayyen bir şahsın sayı ve ameliyle kendisi için çıkarılmış ol' mayıb nasın intifa etmesi için vücuda getirilmiş olan kuyular, nas arasında şirketi ibahe ile müşterek ve mübah olan şeylerdendir.

Herkesin intifatı için yollarda ve menzilhanelerde kazılmış olan kuyular, bu cümledendir.

99 — : Bilumum denizler ve sahibi bulunmayan göller, nas arasında müşterekdir. Bunlardan herkes, âmmeye zarar vermevecek suretle istifade edebilir, Meselâ: Kendi tarlasına cedvel açabilir.

Fakat bir kimse, kendi çiftliğine :uları çevirib büyük bir göl şeklinde dâire-i ihrasına alsı bunda başkaları müşterek olmaz (Reddimuhtar, Tahtavi).

100 — : Bir kimsenin mülkünde bulunmayıb âmmeye mahsus olan nehirler, yani: Mukasamaya ve bir cemaatin mülkü olan mecralara dahil olmayan ırmaklar da nas arasında şirket-i ibahe ile müşterek ve mübah şeylerdir. Binaenaleyh bunlardan da âmmeye zarar ve memek şartıyla herkes istifade edebilir (Behce).

Nil, Fırat, Dicle, Tuna, Şatı, Ferah gibi nehirler, bu cümledendir (Reddimuhtar, Zeylei).

101 — : Memelûk olan, yani: Mukasamaya dahil olub bir cemaatin mülkündeki mecralara dahil bulunan nehirler iki nevidir. Birinci nevi: o nehirlerdir ki, suları şerikler arasında müteferrik ve münkasım olur, fakat onların arazisinde tamamen mahv olmayıb bakiyyesi âmmeye mübah olan mefazelere, kırlara akar gider. Bu kabilden olan nehirler, minvechih âmm olduğundan bunlara da «Nehr-i âm» denilir, bunlarda da gayrı memlûk nehirler gibi şüf'a cari olmaz.

İkinci nevi; nehr-i hasdır ki, suyu mahdud kimselerin arazisinde müteferrik ve münkasım olur, bu arazinin nihayetine varınca mahy olub, kırlara men fezi bulunmaz. Bu nevi nehirlerde şüf'a carî olur (Dürerülhukkâm).

102 — : Sahibsiz yerlerde hüdayi nabit olan otlar, nas arasında şirket-i ibahe ile müşterek ve mübah olduğu gibi bir kimsenin mülkünde sebebiyyeti olmaksızın hüdayi nabit olan otlar da böyle müşterek ve mübahdır. Bu otların kablelihzaz bey'i bâtıldır (Netice).

Amma bu hususda o kimsenin teşebbübü olsa, şöyle ki: Arazisini saky etse, yahud etrafına hendek çevirmek gibi bir vehile inbat için idad ve tehiyye eylese veya ot için sürse o arazide hâsıl olan nebatat, kendisinin malı olur, başkaları onun izni olmaksızın bu nebatatdan bir şey alamazlar, alıb da istihlâk etseler bedelini zâmin olurlar (Hindiyye).

103 — : Cibal-i mübahedeki, yani: Kimsenin yedi temellüküne geçmemiş olan dağlardaki hüdayi nabit ağaçlar da nas arasında müşterek ve mübahtır. Binaenaleyh bu ağaçları herkes kesib istimâl edebilir.

104 — : Bir kimsenin mülkünde hüdayi nabit olan ağaçlar, kendisinin mülküdür. Bunda şirketi ibahe yoktur, kendisinin izni olmadıkca bu ağaçları başkaları ihtitabda bulunamaz, bulunacak olsalar zâmin olurlar, sahibi bunların kaimen kıymetlerini tazmin ettirebilir. Gasb mebhasine müracaat!.

105 — : Bir kimse, kendisinin mülkündeki veya yedi tasarrufunda bulunan arazideki veya kendisinin dikmiş olduğu bir ağacı aşılarsa aşî kaleminden süren filizler, kendisinin mülkü olduğu gibi meyvaları da kendisinin mülkü olur. Binaenaleyh onun izni olmaksızın başkaları bu filizleri ve bu meyvaları alamazlar. Alırlarsa zâmin olurlar. Fakat bu kimse, mücerred bu aşılamaşîyle ağacın nefsine malik olamaz.

106 — : Bir kimse, bir karye ahalisinin mer'asındaki veya başkasının müstakillen veya kendisiyle müştereken mülkündeki bir ağacı aşılarsa aşî kaleminden süren filizlere ve meyvalara malik olur. Bu üç surette — bir kavle göre — bu ağaca da temellük etmiş bulunur. Bu evelki iki takdirde bu aşılamaşî kimse, o ağacın gayrı maktu olarak kıymetini ve üzerinde aşılamaşî evel insanların cemelerine salih meyvaları var ise onların da kıymetini zâmin olur. Son üçüncü takdirde ise ağacın bulunduğu yer, taksim olunarak bu ağaç aşılamaşînin hissesine isabet ederse febihâ, diğer şerikin hissesine isabet ederse aşılamaşî kal' olunur (Zahriyye, Ebüssuûd fetâvâsı).

107 — : Bir kimse, nefsi için ektiği tohumun her türlü hâsılatına malik olur, velevki ektiği tarla başkasının olsun. Şu kadar var ki tohumu tarla sahibinin izni olmaksızın ekmiş ise sahibi, hâsılatı her ne zaman isterse kal' et-

tirebilir ve bu ziraatle arazisine âriz olan noksan-ı kıymeti de tazmin ettirebilir, fakat hâsılatı ahz edemez.

Tohum, başkalaryle müşterek olsa onlara yalnız bu tohumdaki hisselerini vermek lâzım gelir, hâsılatı onlar da iştirâk edemezler (Zeylei, Tenkih-i Hâmidî).

108 — : Bir kimsenin arazisine nehrin veya selin getirdiği çamur, onun mülküdür, başkaları buna taarruz edemez. Bunda iştirâk yoktur. Fakat nehrin cibal-i mübaheden bir kimsenin arazisine getirdiği çalı, çırpı, ağaç o kimsenin mülkü olmaz, bunu herkes alabilir. (Dürerühukkâm).

109 — : Av, nas arasında müşterek ve avlamak mübahdır. Binaenaleyh herkes, kırlarda veya başkalarının arazisi dahilinde av avlayabilir. Arazi sahibi ava müdahale edemez. Şu kadar var ki, avlamanın mübah olması için başlıca iki şart vardır: Birisi, bu avlamak âmmeye muzir olmamalıdır. Şöyle ki: Avcılık, hayvanların nüfûrini ve insanların havf ve iztirabını mucib olursa bundan menedilir. Diğeri de avlamak; telehhi için, eğlenmek için olmamalıdır. Bir istifade maksud olmayıb da mücerred telehhi için olursa mübah olmaz.

Bir de deniliyor ki: Av avlamayı bir hîrfet ve sanat ittihaz etmemelidir, bu halde mübah olmaz. Av avlamak ile iştiğal insana gaflet getirir. Nitekim bir hâdis-i şerif'de:

(من اتبع الصيد فقد غفل)

buyurulmuştur (Hindiyye, Abdülhalim).

ŞİRKETİ AKDİN MAHİYETİ VE TAKSİMİ :

110 — : Şirket-i akd, iki veya daha ziyade müteşarikler arasında asl ile ribh hakkında yapılan bir akd-i mahsusdan ibaretdir. Âsıdan maksad, sermaye olacağı gibi amel ve itibar da olabilir. Binaenaleyh şirketler: Şirketi emval, şirketi amâl, şirket vücut kısımlarına ayrılırlar. Bunlardan her biri de şirketi inan veya şirketi müfaveze nevilerine ayrılırlar. Nitekim ileride izah edilecekdir.

111 — : Şirket-i akdin rûknü, lâfzan ve mânen icab ve kabuldür.

Meselâ: Bir kimse, bir şahsa «Şu kadar lira sermaye ile ahz ve itâ etmek üzere seninle şerik oldum.» deyib o şahıs da «Kabul ettim.» dese lâfzen icab ve kabul ile bir şirketi emval mün'akid olur.

Ve eğer birisi diğerine meselâ: Bin lira verib «Bunun üzerine sen de bin lira koy ve mal satın al, her ne kâr hâsıl olursa aramızda yarı yarıya müşterek olsun.» deyib diğeri de onun dediği gibi yapsa mânen kabulde bulunmuş olmakla yine bir şirket-i emvâl, mün'akid olur.

112 — : Şerikler, ortaya sermaye olmak üzere bir miktar mal koyub da birlikde veya ayrı ayrı ve yahud mutlaka, yani: Birlikde veya ayrı ayrı olması şart edilmeksizin alış veriş etmek ve hâsıl olacak ribhî beyinlerinde bir nisbet dairesinde taksim eylemek üzere şirket akd ederlerse bu, bir şirket-i emvâl olur.

Şerikler, yalnız amellerini = çalışmalarını sermaye edib de başkalarından iş tekabbül, yani: Teahhüd ve iltizam ederek hâsıl olacak kışbî, yani: Ücreti aralarında taksim etmek üzere şirket akd ederlerse bu da bir şirket-i amel olur. Buna «Şirket-i eb'dan, şirket-i sanayi ve şirket-i tekabbül» de denir. Nitekim iki terziin veya bir terzi ile bir boyacının şerik olmaları bu kabilendir. İşlerinin ve dükkânlarının ayrı ayrı olması, bu şirkete mani değildir.

Ve eğer şerikler, sermayeleri olmadığı hâlde mücerred kendi itibarlarıyla veresiye mal alıb satarak husûle gelecek kârı beyinlerinde taksim etmek üzere şirket akd etmiş olurlarsa bu da bir şirket-i vücuh olmuş olur. Bu şirkete «Şirket-i mefalis» de denilmiştir.

113 — : Şerikler, aralarında müsavat-i tamme şart etmeksizin şirket akd etmiş bulunurlarsa bununla bir şirket-i inan vücuda gelmiş olur.

Meselâ: İki şerikten biri bin, diğeri iki bin lira sermaye vaz' edib muayyen cins malları alıb satmak ve kârı aralarında sermayelerine göre ikili birli olmak üzere tevzi etmek üzere bir şirket akd etseler bu, bir şirketi inan olur ve şirket-i emvâlde dahil bulunur.

114 — : Şerikler, aralarında malca, tasarrufca ve kârca tam müsavat olmak üzere şirket akd ederek sermaye-i şirket olabilecek bilumûm mallarını şirkete idhâl etmiş olsalar bir şirket-i müfaveze vücuda gelmiş olur. Bu hâlde şeriklerin sermayeleri ve ribhden hisseleri mütesavi bulunur.

Meselâ: Bir kimse vefat edib de sermaye-i şirket olabilecek başka malları bulunmayan oğulları, babalarından kendilerine kalan bütün malları sermaye ittihaz ederek her türlü veya bir nevi mal alıb satmak ve kârını aralarında müsavat üzere taksim etmek şartıyla şirket-i müfaveze akd edebilirler.

Fakat böyle tam bir müsavat üzere şirket vukuu nadirdir. Hattâ şeriklerden biri bir aralık sermaye-i şirket ittihazına elverişli bir mal elde etse, meselâ: Kendisine bir lira hibe edilse aralarındaki şirket-i müfaveze, şartı olan müsavat zail olduğundan şirket-i inana münkalib olur.

ŞİRKET-İ AKDİN HER KISMINA ŞAMİL UMUMİ ŞARTLAR :

115 — : Şirket-i akdin her kısmı vekâleti mutazammındır. Şöyle ki: Şeriklerden her biri tasarrufda, yani alıb satmakda ve ahardan ücretle iş tekabbül etmekde diğerrinin vekilidir. Eğer bu vekâlet bulunmasa şeriklerden biri, diğerrinin mülküne bir malı idhâl edemez. Bu vekâlet sebebiyledir ki, bir şe-

rik tahsil ettiği şeyin meseiâ yarısını bitarikil'asâle nefsi için, diğer yarısını da bitarikil'vekâle şeriki için tahsil etmiş olur.

Binaenaleyh vekâletde akl ve temyiz şart olduğu gibi alelumum şirketlerde de şeriklerin âkil ve mümeyyiz olmaları şarttır.

Vekâlet sahih olmayan hususlarda şirket de sahih olmaz. İstiyad, ihtitab gibi (Tahtavî).

116 — : Şirketi müfaveze, vekâleti mütazammin olduğu gibi kefaleti de mütazammin dir. Bir şerik üzerine ne kadar borc lâhik olursa diğer şerik, bunun cümlesini kefalet hasebiyle zamin olur. Bu cihetle müfayizlerin kefalet de ehîyetleri şarttır. Binaenaleyh çocuklar, mümeyyiz olsalar da şirketi müfaveze akd edemezler (Bedayi).

案外

117 — : Şirketi inan, yalnız vekâleti mütazammin olub kefaleti mütazammin değildir. Binaenaleyh şirketi inan akd edilirken kefalet zikr edilmediği takdirde şerikler birbirinin kefil olmuş olmazlar. Bu şirket, müsavat iktiza etmediğinden kefalet hacet yoktur. Bunun içindir ki mezun olan çocuklar, matuhlar da şirketi inan akd edebilirler.

Fakat kefalet ehl olan şerikler, şirketi inanın hiyriakdinde birbirine kefil olmalarını zikr etmiş olurlarsa yekdiğerinin kefil olurlar. (Bahrirâik).

118 — : Şirketlerin her birinde şerikler arasında ribbin ne cihetle taksim edileceğini tâyin şarttır. Bu cihet, mübhem ve meçhul kalırsa şirket, fâsid olur. Çünkü şirkette makudünaleyh, ribhdir, makudünaleyhin meçhuliyeti ise akdın fesâdın mucibdir. Bu halde ribh, herkesin sermayesine göre taksim edilir (Hindiyye, Kefevî).

119 — : Şerikler arasında taksim olunacak ribbin hassaları; nisf, sülüs, rubu gibi cüz'i şayi olmak şartdır.

Binaenaleyh şeriklerden birine ribhden maktuan şu kadar meblâğ verilmek üzere bir mukavele yapılsa şirket, fâsid olur. Çünkü o miktar meblâğdan ziyade ribh hâsıl olmamak ihtimâli vardır. Bu halde diğer şerikler, ribhden mahrum kalarak şirket, mün'kati olur (Bedayi, Mecmaül' enhür).

ŞİRKETİ EMVALE MAHSUS ŞARTLAR :

120 — : Şirketi emvaled sermayenin nukud kabilinden olması şarttır. Bu nukudun bir cinsden olması şart değildir. Biri altın, diğeri gümüş sikke olabilir.

Ribh olan nikel sikkeler de örfen nükud sayılır. Çünkü bunlar da esman olarak tedavül eder. Bütün Eimme-i Hanefiyye buna kaildir. Fakat bir rivayete göre bu, İmam Muhammed'e göredir. Müftabih olan da budur. İmamı Azam ile İmam Ebû Yûsûf'e göre böyle fulus sikkeler resül' mal olamazlar. Çünkü bunların kıymetleri vakit vakit tebeddül eder de uruz kabilinden olurlar. (Fuhüstanî, Mecmaül'enhür).

«Rayic olan eyrakı nakdiyye de nikel sikkeler mesabesinde dir.»

121 — : Sikke halinde olmayan altın ve gümüş ile alış veriş yapılması nas arasında müteamil olunca bunlar da nükud hükmünde olurlar. Müteamil olmayınca uruz hükmünde olarak sermaye olamazlar, Nitekim zamanımızda müteamil değildir.

«Nukre» eridilmiş olan altın ve gümüşdür. «Tibr» ise madenden çıkarılıp da henüz sinaet = Kuyumculuk görmeyen altın ve gümüşdür ki, bunlara «Gayrı mazrub» denir (Kuhüstanî, Mecmaül'enhür).

122 — : Sermayenin ayın olması şarttır. Deyn, yani: Nasın zimmetlerinde olan alacak sermaye-i şirket olamaz.

Meselâ: İki kimse, başkası zimmetinde olan alacaklarını sermaye itihaz edib de onun üzerine şirket akd edemezler. Hattâ birinin sermayesi ayn, diğerinin sermayesi deyn olsa şirket yine sahih olmaz. Çünkü deyn, medyundan başkasına temlik edilemez. Ve deyn istifa edilmedikce bununla alış veriş ederek kazanmak mümkün olamaz.

Sermaye olan malın akdi şıra vaktinde gaib olmaması da şarttır. Fakat bunun akdi şirket zamanında gaib bulunması şirkete zarar vermez (Bahirâik, Reddimuhtar).

123 — : Uruz ve akar gibi nükuddan sayılmayan malın üzerine şirket akdi sahih olmaz, yani: Bunlar sermaye-i şirket olamaz. Meğerki iki kimse, böyle nükud kabilinden olmayan mallarını sermaye-i şirket etmek istediklerinde her biri malının yarısını diğerine satıp da bunlar da şirket-i mülkle iştirâkleri hâsıl olduktan sonra bu müşterek malları üzerine inan veya mufaveze yoluyla akdi şirket etsinler, bu caizdir. Aksi takdirde şeriklerden her biri, zâmin ve malik olmadığı bir malın ribhine müstahik olur ki bu, doğru değildir.

124 — : İki kimse, misliyatdan olan bir nevi mallarını, meselâ: Birer miktar buğdaylarını birbirine karıştırıp da aralarında şirket-i mülk hâsıl olduktan sonra işbu mahlût malı sermaye itihaz ederek onun üzerine akdi şirket edebilirler.

Bu misliyyat, minvechin semendir. Şu cihetleki, bunlar zimmette deyin olmak üzere sâbit olarak mukabilinde mal alınabilir. Ve minvechin

uruzdur. Çünkü bunlar akdde tâyin ile taâyyün eder. Artık iki şibih ile amel olunarak birbirine karıştırıldığı suretde semen, karıştırılmadığı takdirde uruz sayılmıştır. (Mecmaül'enhür).

125 — : Bir neviden olmayan şeylerin, meselâ: Buğday ile arpanın birbirine karıştırılmasıyla şirket-i mülk vücuda gelirse de şirketi akd vücuda getirilemez (Reddimuhtar).

Misliyyattan olmayan adediyyatı mütefavide gibi kiyemiyyattan olan malların birbirine karıştırılmasıyla de akdi şirket sahih olmaz (Mecmaül'enhür).

126 — : Şirketlere nazaran menfaatler uruz gibidir. Uruz, sermaye-i şirket olamayacağı gibi menafi de sermaye-i şirket olamaz.

Binaenaleyh bir kimsenin beygiri, diğer bir şahsın da eğertakımı veya çuvalları olup da bunları icar ile hâsıl olan ücreti beyinlerinde taksim etmek üzere şerik olsalar, şirket fâsid olup elde edilen ücret, beygir sahibine aid olur. Eğertakımı veya çuvallar beygire tâbi olmakla sahibi ücretten hisse alamayıp ancak balıĝen mâbelâĝ eĝerinin veya çuvallarının ecri mislini alır.

Fakat iki kimseden biri kendi hayvaniyle, diğeri de meselâ kendi çuvallarıyla amel etmek üzere yük naklini takabbül ve taahhüdde iştirâk etseler bu, sahih olur. Bu halde ücreti aralarında şart ettikleri vechile taksim ederler. (Bahırâik, Hindiyye).

127 — : Bir kimsenin hayvanı üzerine bir şahıs emtiasım yükleyerek gezdirib satmak ve bu emtianın ribhi aralarında müşterek olmak üzere şirket akdetseler fâsid olur. Çünkü bunlardan birinin re'sül'mâli arazdır, diğerrinin re'sül'mâli de menfaatidir. Bu halde hâsıl olan kâr, emtia sahibine aid bulunur. Çünkü bu kâr, onun emtiasının bedelidir. Hayvan sahibi de emtia sahibinden hayvanının ecri mislini alır. Zira hayvan sahibi hayvanına bilâbedel yük yükletilmesine razı bulunmamıştır.

128 — : Şirket hususunda hane, dükkân, sefine de hayvan hükümündedir.

Binaenaleyh bir kimse, başkasının dükkânında emtiasını satıp da ribhi beyinlerinde müşterek olmak üzere şerik olsalar şirket, fâsid olur. Emtianın ribhi sahibine aid olup dükkân sahibi de dükkânının ecri mislini alır. (Kadıhan).

129 — : Bir kimse, ineğini veya tavuklarını besleyib hâsılatı aralarında müşterek olmak üzere bir şahsa verse bu şirket, fâsid olur. Bu halde hâsılat, inek veya tavuk sahibine aid olup o şahıs da alefinin be-

deline ve amelinin eciri misline müstahik bulunur. (Dürerül'hükkâm).

ŞİRKET-İ AKDE MÜTEALLİK BAZI ZABITALAR :

130 — : Amel, takvim ile mütekavvim olur, yani: İş, tâyini kıymet ile kıymetlenir ve bir şahsın ameli, diğer şahsın ameline nisbetle daha kıymetli olabilir.

Meselâ: Şirket-i inan ile şerik olan iki kimsenin sermayeleri mütesavi ve ikisinin dahi alettesavi amel etmesi mesrut olduğu halde birine ribhden fazla hisse itâsı şart kılınca caiz olur. Çünkü birisi ahz ve itâda daha mahir ve ameli ziyade ve daha faideli olabilir.

Hâsılı ücret, amelin bedelidir. Şerikler ise amel hususunda mütefavit olabilirler. Binaenaleyh birinin ribhden hissesi fazla kabul edilebilir. Bu, bir istihsan neticesidir. Kıyasa nazaran amelleri ve sermayeleri müsavı olunca ribhden hisseleri de müsavi olmaktadır. Aksi takdirde fazla alan, zâmin olmadığı bir şey, yani: Yapmadığı fazla amel mukabilinde ribh almış olur. İmam Züferin kavli böyledir. Fakat sair eimmeye göre bu fazla mikdar, bir ribh değildir, belki amelin bedelidir. Çünkü ribh, kendisiyle re'sülmâl arasında mücaneset iktiza eder. Burada ise mücaneset yoktur. Zira re'sülmâl; ameldir, ribh ise maldır. Bu halde bu, bir ribh değil, bir bedeldir. (Mecmaül'enhür).

131 — : Ribhe istihkak, mal ile veya amel ile olduğu gibi bazen zaman ile de olur. Çünkü zamanı amel, yani: İş takabbül ve taahhüd etmek, bir nevi ameldir.

Meselâ: Şirketi müzarebede ribhe rebbülmâl mîâliyle, müzarib de ameliyle müstahik olur. Sanayi sahiblerinden biri, yanına bir şakird alıp da takabbül ve taahhüd eylediği işleri alacağı ücretin nısfıyla veya sülüsülle ona gördürse caiz olup iş sahiblerinden alınan ücretin nısfına veya sülüsüne o şakird ameliyle müstahik olduğu gibi üstad da ücretin diğer nısfına veya sülüsüne iş sahibine karşı ameli zâmin ve müteahhid olmasıyla müstahik olur. (Dürer, Bahrirâik).

132 — : Bir kimse, dükkânına erbabı sanayiden birini koyub ve takabbül ve taahhüd eylediği işleri ona gördürüb de hâsıl olacak ücreti aralarında yarı yarıya taksim etmek üzere şirketi sanayi = Şirketi amel akd eyleseler istihsanen caiz olur. Nasın bu vechile teamülü bilânekir caridir. Bu halde dükkâna konulan sahibi sanat da iş takabbül edebilir. Çünkü aralarındaki şirket, vekâleti mutazammındır. Ücreti yine aralarında müşterek olur. Dükkân sahibi onu iş takabbül etmekden menetse şirket, caiz olmaz. Dükkân sahibinin yarım hisseye istihkakı ancak ameli

zâmin ve müteahhid olmasıyledir. Maamafih bu nısıf hisseye istihkakı zımında dükkânın menfaatine de nail olmuş, dükkân muattal olmakdan kurtulmuş olur. (Tatarhaniyye).

133 — : Yukarıda yazılı üç amrdan, yani: Maldan, amelden ve zamandan biri bulunmazsa ribhe istihkak husûle gelmez.

Meselâ: Bir kimse, bir şahsa hitaben: «Sen kendi malınla ticaret et de ribhi aramızda müşterek olsun.» deyib o şahıs da kabul etse bununla şirket husûle gelmiş olmaz. Binaenaleyh o kimse, hâsıl olacak ribhden hisse alamaz. (Dürer. Gurer).

134 — : Bir kimse, bir şahsa «Bana şu kadar para ödünç ver de alış veriş yapayım, kâr aramızda şu nisbette müşterek olsun.» deyib o şahıs da bu parayı ödünç verse kârın tamamı o kimsenin olur. O şahıs bundan hisse alamaz. Çünkü müstakriz, kabz eylediği borc paraya malik olur, bunda mukrizin mülkü kalmaz, bunda ameli ve zamanı da bulunmadığından bunun nemasına müstahik olmaz. (Hidaye).

135 — : Şirketi inanda iki şerikin sermayeleri müsavi olduğu halde birinin amel ettiği halde ribhin sülüsünü alacağı, diğerinin ise amel etmediği halde ribhin sülüsünün alacağı meşrut olsa bu amel etmeyecek şerik, bu ziyade ribhe müstahik olmaz. Belki ribh aralarında sermayelerinin miktarına göre taksim edilir. Zira bu ziyadeye tekabül edecek bir mal, bir amel veya zaman yokdur. (Dürerül'hükkâm).

136 — : Ribhe istihkak, akdi şirket zamanında irad edilen meşru şarta göredir, bilâhare yapılacak işe göre değildir.

Binaenaleyh amel etmesi meşrut olan şerik, amel etmese bile amel etmiş gibi sayılır, amel etmemesi şirketin infisahını icab etmez.

Meselâ: Şirketi sahihe ile şerik olan iki kimsenin ikisi dahi amel etmek üzere şart edilmiş olduğu halde yalnız birisi amel edib de diğeri — hastalığı veya müsafereti gibi bir özre ve yahud özürsüz yere amden — amel etmese bile şerikler, birbirinin vekili olduğundan şerikinin amel etmesiyle kendisi dahi amel etmiş gibi sayılarak kâr aralarında şart eyledikleri vechile taksim olunur.

Fakat amelden kaçınan şerik, arkadaşına: «Ben seninle şirketle amel etmiyeceğim = Ben seninle ortak olarak çalışmayacağım» dese arkadaşının yalnız çalışarak, kazanacağı kâra ortak olamaz. Çünkü şerikin o sözü: «Şirketi fesh eyledim.» demektir. Dürrümuhtar).

137 — : Şirketi inan veya şirketi müfaveze ile şerik olanlar, birinin eminidir. Şirket malları üzerindeki elleri birer yedi emanettir.

Binaenaleyh her birinin elinde şirketin malları vedia hükmündedir, taaddisi ve taksiri olmaksızın birisinin elinde mali şirket telef olsa şerikin hissesini zâmin olmaz.

Meselâ: Şeriklerden biri, diğerinin izniyle şirket malini vapur ile başka bir memlekete götürmekte iken vapur gark olub o mal telef olsa kendisine mes'uliyet teveccüh etmez.

Bu şeriklerden biri, mali şirketin kısmen veya tamamen yanında telef olduğunu veya bunu şerikine def' ve teslim eylediğini iddia etse sözü meâl'yemin kabul olur. (Feyziyye, Mecmaül'enhür).

138 — : Şirketi inan tarikiyle olan şirketi emvalde sermaye şerikler arasında mütesaviyen veya mütefazılan müsterek olur. Amma birinden yalnız sermaye, diğerinden de yalnız amel olmak üzere şirket akdedilirse bakılır: Eğer ribhi beyinlerinde müsterek olmak üzere mukavele yapılmış ise bu şirket, müzarebe olur. Nitekim ileride görülecektir. Ve eğer ribhin tamamen âmile aidiyeti kabul edilmiş ise bu, karz olur. Ve eğer ribhin tamamen sermaye sahibine aid olması şart edilmiş ise o sermaye, amilin elinde bizzat, amil de müstabzi olur. Müstabzi ise vekil-i müteberri hükmüne olduğundan kâr ve bilâtaaddin vuku bulacak ziyan tamamen mal sahibine aid olur.

Mübzi vefat edince bizzat münfesh olur. Müstebzi bu vefata gerek vakıf olsun ve gerek olmasın (Bedayi, Hindiyye).

139 — : Şeriklerden biri ölse veya cünuni mutbik ile mecnun olsa şirketi ahd, münfesh olur. Çünkü şirket vekâleti mütezammindir. Vefat veya cünun halinde ise vekâlet kalmaz. Bu cihetle bu infisah, bir azl-i hükmî mesabesinde olduğundan bunda şerikin vefatına veya mecnun olmasına diğer şeriklerin ıttılai şart değildir. Şu kadar var ki, şerikler ikiden ziyade olduğu surette şirketin infisahi yalnız fevt veya mecnun olan şerik hakkında olub diğerleri arasında şirket yine devam eder. (Mecmaül'enhür, Dürerül'hükkâm).

140 — : Şeriklerden birinin şirketi inkâr etmesiyle veya diğerine «Seninle amel etmem» demesiyle ve şeriklerden birinin hacr edilmesiyle veya sermayenin tamamen zayi olmasıyla veya şeriklerden yalnız birinin sermayesinin daha halt ve şıra bulunmadan evvel telef olmasıyla ve muvakkat olan şirket müddetinin nihayet bulmasıyla akdi şirket, münfesh olur.

Şirketi mülk ise şeriklerden birinin vefatıyla münfesh olmaz. Belki müsterek mülk, berhayat olan şerik ile vefat eden şerikin vârisleri arasında yine müsterek olur. (Bahirâik, Reddimuhtar).

141 — : Şeriklerden birinin feshiyle şirket münfesi olur. Fakat bu feshi diğer şerikin bilmesi şarttır. Çünkü bu, bir azli kasdi mesabesinde-
dir. Binaenaleyh birinin fesh ettiği diğerinin malûmu olmadıkca şirket
devam eder. (Tatarhaniyye).

142 — : Şerikler, şirketi fesh edib de mevcut nükud birinin, zim-
metler de olan alacak da diğerinin, yahud mevcut nükud birinin, dükkâ-
nındaki emtia ve zimmetlerdeki alacak da diğerinin olmak üzere iktisam
etseler kısmet, sahih olmaz. Çünkü alacak haddizatında madûm olduğun-
dan kablelkabz taksimi sahih değildir. Bu suretde mevcut nükuddan veya
şirketin uruzundan biri ne kabz ederse diğeri de ona ortak olur. Zimmet-
lerdeki alacak da aralarında hisselerine göre müşterek kalır.

143 — : Şirketlerden biri, şirket mallarından bir miktarını alıb da
imâl ederken diğer şerikin ayn veya deyn kabilinden olan hissesini mü-
cehhilen vefat etse, yani: Ne yaptığını, nereye bıraktığını ve ne olduğunu
kimseye bildirmemiş olsa şerikin bu maldaki hissesi terekesinden isti-
fa olunur. (Kınye, Bahrîrâik).

ŞİRKET-İ İNANIN ŞİRKET-İ EMVAL KISMINA AİD MESELELER :

144 — : Şirketi inan, şirketi müfavezeden şu beş vechile ayrılır:

(1) : Şirket-i inan ile şerik olanların sermayeleri mütesavi olmak şart
değildir, birinin sermayesi diğerinin sermayesinden daha ziyade olabilir.

(2) : Şirket-i inanda şeriklerden her birisi bil'cümle nakidlerini, ser-
mayeye salih mallarını sermayeye idhal etmeğe mecbur değildir. Malları
nın mecmuu veya bir miktarı üzerine şirket akd edebilirler. Bu cihetle ser-
mayelerinden fazla sermaye-i şirket olabilecek malları, meselâ: Nakidleri
bulunabilir.

(3) : Şirketi inan ile şeriklerin sermayeleri kıymetce mütefavit, muhte-
lifül'cins dahi olabilir. Bin altın ile dört bin gümüş lira gibi. Müfaveze de
ise sermayeler muhtelifül'cins olunca kıymetleri müsavi olmak şarttır.

(4) : Şirketi inanda rihbin müsavat üzere taksimini mukavele caiz ol-
duğu gibi mütefazıl taksimini mukavele de caizdir.

(5) : Şirketi inan, umum ticaret üzerine akd olunabileceği gibi hasse-
ten bir nevi ticaret, meselâ: Zahirî alış verişi üzerine de akd olunabilir.
Müfavezede ise — bir kavle göre — umum ticaret üzerine yapılabilir, bir
nevi ticaret üzerine yapılamaz. (Hindiyîye, Dürerülhukkâm).

145 — : Şirketi sahihede rihbin ne vechile taksimi şart edildirse

— şer'i şerife muvafık olunca — her halde o şarta riayet olunur.

Şeriklerin satın aldıkları emtianın taksimi arzu edildikde bu emtia için iştirâ vaktindeki kıymet takdir ve tayin olunarak kâr dahi o nisbet üzere taksim edilir. (Bahrirâik).

Şirket-i fâside de ise ribh ve faide sermayelerin miktarına göre taksim olunur. Şeriklerden birine fazla verilmesi şart edilmiş olsa ona itibar olunmaz. Çünkü bu halde tesmiye sahih olmayacağından tefazul şartı bâtil olur, mal aralarında şirket-i mülk ile müşterek kalır. Şirket-i mülkde ise ribh ve hâsılat hissedarların hisselerine göre taksim edilir.

Şirket-i fâside de sermaye yalnız bir tarafa aid olursa ribhin tamamı bu sermaye sahibine aid olur, diğeri yalnız ecri misline müstahik bulunur. Bu şirkette hiç bir taraftan sermaye bulunmazsa ribh, yalnız âmilin olur. (Mecmaül'enhür, Reddimuhtar).

146 — : Bir şirket malında taaddi ve taksir bulunmaksızın husûle gelen zarar ve ziyan her halde sermayelerin miktarına göre münkasım olur, diğer vechile şart edilse ona itibar olunmaz. Çünkü bir hâdis-i şerif'de «Ribh şart olunduğu üzeredir, zarar ve hasar ise iki mülk miktarına göre-dir.» diye buyurulmuştur. (Mecmaül'enhür).

147 — : Sermayeler gerek müsavi ve gerek mütefazil olsun, şerikler kârı aralarında sermayelerinin miktarına göre taksim etmek üzere şart et-seler sahih olur ve kâr ile ziyan aralarında şart ettikleri vechile sermaye-lerinin miktarına göre taksim olunur. Bu surette gerek ikisinin dahi amel etmesi şart olunsun ve gerek yalnız birinin amel etmesi şart kılınsın mü-sâvidir. Şu kadar var ki, yalnız birisinin amelde bulunması meşrut olduğu takdirde onun elinde diğerinin sermayesi bizzat hükmünde olur, o serma-yenin kâr ve ziyanı sermaye sahibine aid bulunur. (Reddimuhtar).

148 — : Şeriklerin sermayeleri mütesavi olduğunu halde birine ribh-den fazla hisse meselâ: Ribhin sülûsanı şart edilse bakılır: Eğer ikisinin de alesseviyye amel etmesi meşrut ise şirket, sahih ve şart muteber olur. Çün-kü onun amelde mehareti daha ziyade olabilir. Ve Eğer yalnız birisinin amel etmesi veya birisinin daha çok çalışması meşrut olub bu amel, ribh-den hissesi ziyade olan şerik üzerine şart edilmiş ise şirket yine sahih ve muteber olur. Bu suretde bu şerik maliyle sermayenin ribhine, ameliyle de ribhden fazla hisseye müstahik olur. Şu kadar var ki, bu suretde bunun elinde şerikin sermayesi malı müzarebe hükmünde olarak müzarebeye şe-bih bir şirketi inan ve amel vücuda gelmiş olur. Ve eğer amel, ribhden his-sesi az olan şerik üzerine şart edilmiş olursa bu şart caiz olmaz, kâr ve zi-yan beyinlerinde sermayelerinin miktarına göre taksim olunur. Zira kâr

eğer şart ettikleri vechile taksim olunsa amel olmayan şerikin alacağı fazlaya maldan ve amel ile zamandan bir şey mukabil olmaz, kâra istihkak ise bu üç şeyden biriyle olur. (Hindiyce, Dürerül'hükkâm).

149 — : Şeriklerin sermayeleri mütefaız, meselâ: Birinin sermayesi bin, diğerinin sermayesi iki bin lira olduğu halde rebhin taksimi aralarında müsavat üzere meşrut bulunsa sermayesi az olan şerikin sermayesine nisbetle ribhden fazla hisse alması şart edilmiş olacağından, şeriklerin sermayeleri mütesavi olduğu halde ribhden birisine fazla şart edilmiş gibi olur.

Binaenaleyh bu akdde ikisinin yahud ribhden hissesi ziyade, yani: Sermayesi az olan şerikin amel etmesi şart edilmiş ise caiz ve şart muteber olur. Çünkü bu şerik maliyle sermayenin ribhine, amelile de ziyade hisseye müstahik olur. Ve eğer yalnız ribhden hissesi az, yani: Sermayesi çok olan şerikin amel etmesi şart edilmiş ise bu şart caiz olmayıb, kâr beyinlerinde sermayeleri miktarına göre taksim olunur. Çünkü bu takdirde bu fazla alınacak ribhe mukabil bir mal, bir amel veya bir zaman bulunmamış olur.

150 — : Şeriklerden biri meselâ: Bin lira, diğeri ise beş yüz lira sermaye vaz edib amel bin lirayı vaz eden şerik üzerine, ribhin çoğu da amel etmeyecek olan şerik için şart edilse şirket, sahîh ve şart muteber olur. (İbni Abidin).

151 — : Şeriklerin her biri, şirketin malını gerek peşin para ile ve gerek veresiye olarak az çok beha ile — gabni fâhiş olsa da — satabilir, velev ki lehine şahadeti caiz olmayan bir kimseye satsın, Çünkü birbirine karşı bu hususda vekâleti haizdirler. Bu babda şirket-i inan ile şirket-i müfaveze müsavidir. (Reddimuhtar, Dürerül'hükkâm).

152 — : Şeriklerden hangisi olursa olsun elinde şirketin sermayesi mevcut olduğu halde peşin para ile veresiye mal satın alabilir, bu ticaret muktezasıdır. Fakat gabni fâhiş ile mal iştira edemez, edecek olsa almış olduğu kendisinin olur, şirketin olmaz. Nitekim şiraya vekil olan hakkında da hükm böyledir. (Velvaliciyye).

153 — : Şeriklerden biri, elinde şirketin sermayesi kalmamış olunca şirket için mal iştira edemez, ederse o mal kendisinin olur. Çünkü o mal şirket namına alınmış olsa onun bedelini kısmen diğer şerikin vermesi lâzım gelecektir. Halbuki o şerik bunu iltizam etmemiştir. Şayed bu alınan male ortak olmak isterse o zaman aralarında müşterek olur. (Reddimuhtar).

154 — : Şeriklerden biri, ticaretleri cinsinden olmayan bir şeyi şirke-

tin parasiyle veya kendi parasiyle satın alsa o mal kendisinin olur, şeriki ondan hisse almaz. Çünkü bunu almaya vekâleti haiz değildir. Fakat birinin elinde şirketin sermayesi varken ticaretleri cinsinden olan bir malı kendi parasiyle satın alsa yine şirketin olur. Zira bu malın iştirası hususunda şeriki namına vekil mesabesinde bulunmuştur, onu bu mala kısmen hakkı taalluk etmiştir.

Meselâ: Kumaşçılık etmek üzere akdi şirket eden iki kimseden biri kendi parasiyle bir at alsa kendisinin olup şeriki o ata hissedar olamaz. Amma elinde şirketin sermayesi varken bir kumaş alsa şirketin olur. Ve alırken, «Ben bu kumaşı kendim için alıyorum, şerikimin bunda hissesi yoktur.» diye işhad etse bile müfid olmayıb o kumaş şerikiyle beyinlerinde müşterek olur.

Fakat şerikine hitaben: «Ben bu malı kendim için alacağım» deyib o da «Peki» dese ondan sonra alınca kendisinin olur. (Haniyye, Bahrirâik).

155 — : Şirket-i inanda hukuk-u akd, ancak şeriki âkide aiddir. Nitekim sırf vekâletde de böyledir.

Binaenaleyh şeriklerden birinin satın aldığı malı kabz ile semenini ödemek yalnız onun üzerine lâzım gelir. Bu cihetle şirketi inanda birinin satın aldığı malın semeni ancak ondan mutalebe olunub şerikinden mutalebe olunamaz. Zira şirketi inan, kefaleti mutazammın değildir. Fakat şirketi inanda kefalet de zikr edilmiş olursa o suretde semen her ikisinden de istenilebilir.

156 — : Şirketi inanda şeriklerden birinin emvâli şirketten sattığı malın semenini kabz etmek ve bu hususda mahkemeye müracaatla husumette bulunmak ancak onun hakkıdır. Çünkü âkid odur. Bu cihetle müşteri semeni diğer şerike verse yalnız semeni kabız olan o şerikin hissesinden beri olup âkid olan şerikin hissesinden beri olmaz. Ve yine bu cihetledir ki, âkid olan şerik, sattığı malın semenini kabza ahar kimseyi tevkil etse şeriki onu azl edemez. Zira âkidin başkasını kabzı semene tevkil etmeğe hakkı vardır.

Amma şirketin mallarından birini bey ve şira veya icare için şeriklerden birinin tevkil ettiği şahsı diğer şerik azledebilir. Çünkü bunlara şeriklerden her birinin bizzat mübaşerete hakkı olduğundan birinin bu hususdaki vekilini diğeri azle müstahik bulunur. (Kadıhan, Reddimuhtar).

152 — : Satılan şeyi ayıbından dolayı red, hukuk-u akiddendir.

Binaenaleyh şirketi inanda şeriklerden birinin satın aldığı malı diğeri kadim ayıbından dolayı reddemez. Ve şeriklerden birinin mali şirketten sattığı mal, ayıbı kadiminden dolayı diğer şerike red olunamaz. Fakat şa-

tan şerike red olunabilir, hükme muhtaç değildir. Bu hususda o şerikin aybı ikrarı da muteberdir.

158 — : Akid olan şerik, peşin olarak sattığı malın semenini şerikin rizası olmaksızın da tecil edebilir. Fakat âkid olmayan şerik, tecil ederse kendi hissesinde bile caiz olmaz. İmameyne göre ise, yalnız kendi hissesinde caiz olur. (Mebhut, Mecelle şerhi: Atıf Efendinin).

159 — : Şariklerden her biri, şirketin malını bir kimseye vedia olarak bırakabilir ve ibza edebilir, yani: Kâr sermaye sahibine aid olup âmil meccanen çalışıp sermaye sahibi için kâr elde etmek üzere mali şirketi bizzat yoluyla başkasına verebilir. Ve müzarebeye de verebilir. Çünkü müzarebe, şirket emvalin dünündedir, bu şirket, müzarebeyi de tazammün eder.

160 — : Şariklerden her biri, şirket namına akdi icarede bulunabilir. Meselâ: Şirketin mallarını hıfz için dükkân tutabilir, ve şirketin malı ile şirket namına ticarete bulunmak üzere ecir isticar edebilir. Çünkü bunlar tüccar arasında mütaddır.

Fakat bu şariklerden biri, değer şariklerin izinleri olmadıkça mali şirketi temyizi müteazzir veya müteassir olacak bir surette kendi malına karıştıramaz. Veya başka bir şahs ile şirketi inanda veya müfaveze de bulunamaz. Böyle yapar da şirketin malı zayi olursa şariklerinin hisselerini zâmin olur. (Hülûsa, Bahrirâik).

161 — : Şariklerden biri, diğerinin sarihan izni olmadıkça mali şirketten başkasına ikraz edemez. Çünkü karz, ibtidaen teberrudur. Şariklerden birinin teberrua salâhiyeti yoktur. Bu hususda şirketi inan ile müfaveze arasında fark mevcut değildir. Amma şirket için istikraz edebilir. Zira istikraz, ticaret ve mübadele mesabesindedir. (Bahrirâik, Reddimuh-tar).

162 — : Şariklerden biri, şirket için ne miktar para istikraz ederse şerikin de biliştirak borcu olur. Şu kadar var ki, şirket, bir şirketi inan ise mukriz, bu parayı yalnız müstakriz olan şerikden talep eder, müfaveze ise müstakrizin şerikinden de talep edebilir.

Maamafih bir kavle göre şirketi inan ile şerik olanlar, şirket namına istikrazda bulunamazlar, vevki birbirine istikraz için serahaten izin vermiş olsunlar. Çünkü istikraz tevki, bâtıldır. (Kadıhan, Bahrirâik).

163 — : Şirket-i inan ile şariklerden her biri, diğerine «Reyinle amel et.» veya «Dilediğini yap.» diyerek şirket işini birbirinin reyine tefviz et-seler her biri tevabii ticaretten olan şeyleri yapabilir. Şöyle ki: Mal-i şirket, şirketin borcuna mukabil terhin edebilir. Şirketin alacağı için rehin

alabilir, şirketin malı ile sefer edebilir. şirketin malını kendi maliyle karıştırabilir ve baska kimse ile şirket-i inan akd edebilir. (Dürrümuhtar).

164 — : Şirket-i inan ile veya şirket-i müfaveze ile şeriklerden biri, diğer şeriklerin sarıh izinleri olmadıkça şirkete aid bir malı itlâf veya ivazsız olarak başkasına temlik veya vakf tesis edemez.

Meselâ: Bir kimse, şerikin sarıh izni olmadıkça «Mücerred reyinle amel et.» demesine mebnî şirketin malından bir kimseye ikraz ve hibe edemez. Hibe ederse şeriki hakkında nafiz olmaz. Ancak ekmek, et, meyva misilli cüz'î şeylerin hibesi bundan müstesnadır. Bunların ihda edilmesi mûtaddır. (Zahire, Hindiyye).

165 — : Şeriklerin mezun oldukları hususlardan bazılarını bir şerikin ortaklarından nehiy etmesi muteberdir.

Binaenaleyh iki şerikden biri, diğerini «Mali şirketle ahar diyare gitme» yahud «Veresiye mal satma» diye nehiy etmiş iken, diğeri dinlemeyib ahar diyara gitse yahud veresiye mal satsa vâki olan zarardan şerikin hissesini zâmin olur. Başka diyara gidib de kâr temin etse bu kâr, hasseten kendisinin olur. Çünkü gasıb mesabesinde bulunmuştur. Veresiye mal sattığı surette ise satan şerikin kendi hissesinde beyi, nafiz, bu satışı nehiy etmiş olan şerikin hissesinde ise beyi, iznine mevkufen mün'akid olur. Eğer — şeraîti icazet mevcud olduğu halde — izin verirse kâr aralarında müşterek olur, izin vermezse mebi kaim ise hissesinde beyi fesh edebilir. Mebi telef olmuş ise hissesini satan şerikine tazmin ettirebilir. Ve bu surette o malın kârı hassaten satan şerikin olur (Bahrirâik, Reddimuhtar).

166 — : Şirket-i inanın muamelelerinde şeriklerden birinin borc ikrar etmesi, bunu münkir olan diğeri sirayet etmez. Şöyle ki: O deynin ancak kendi akd ve muamelesi ile olduğunu ikrar etmiş ise tamamını kendisinin ödemesi lâzım gelir. Zira âkid odur. Hukuk-u akd ise âkide aiddir. Ve eğer şerikiyle birlikde icra eylediği muameleden dolayı bu borcun husûle geldiğini ikrar etmiş ise kendi hissesi miktarını ödemesi lâzım gelir. Ve eğer yalnız şerikin yapmış olduğu bir muameleden dolayı bir borc husule geldiğini ikrar eylemiş ise ne kendisine, ne de şerikine bir şey lâzım gelmez. Çünkü başkası aleyhine olan ikrar, bâtıldır. Bu hususda ikrar edilecek ayn de deyn hükmündedir. Meselâ: Şirketi inan ile şeriklerden biri, şirketin malinden olmak üzere elinde bulunan bir meta hakkında «Bu filân kimsenin malıdır.» diye ikrar eylese şerikine sirayet etmez, yalnız kendi hissesi hakkında nafiz olur. (Reddimuhtar).

167 — : Şeriklerden biri, umuru şirket için gece olmadan avdet ederek ailesi arasında beytutet edebileceği mesafeden uzak bir mahale — şe-

rikinin nehyi olmaksızın — gittikde mekûlât ve kira gibi masraflarını şirketin malından alır. Yani: Bu masraflar, kâr var ise kâr'dan, yok ise re'sûlmâlden tesviye edilir. (Hindiyye, Tehzib, Hizânetül'muftin).

ŞİRKET-İ İNANIN ŞİRKET-İ AMAL KISMINA DAİR MESELELER :

168 — : Şirket-i amâl ki, iş takabbül etmek üzere akd edilen bir şirketten ibarettir, bu şirkette müşterek ecirler müstecirler tarafından taleb ve teklif olunan amelin ifasını teahhüd ve iltizam etmiş bulunurlar.

Bu ecirler, ameli = Yapılacak işleri müsavat üzere müteahhid ve zâmin olmak şartıyla şirket akd edebilecekleri gibi amelin meselâ: Sülûsü nü biri, sülûsasını da diğeri ifa etmek şartıyla de akd-i şirkette bulunabilirler.

İmam Züfer'den bir rivayete göre bu şirketi amâl caiz değildir. Çünkü ribhde şirket, re'sûlmâlde şirket üzerine ibtina eder. Bu şirket-i amâlde ise şeriklerin aslı şirkete mevzu malları yoktur. Artık böyle asl olmayanca temyiz nasıl tasavvur olunur? İmam Şafil'nin kavli de böyledir.

Buna cevaben deniliyor ki: Bu şirketten maksud, tevkil suretiyle mal tahsil etmektir. Bu ise tevkil kabul eden hususlardandır. Binaenaleyh caiz olur. (Mecmaül'enhür).

169 — : Şirket-i amâlde amelin ve mekânın ittihadı şart değildir.

Binaenaleyh bir terzi, bir kunduracı ile şirket-i amâlde bulunabilir.

İmam Züfer'e göre amel ile mekânın ittihadı şartdır. Çünkü aksi takdirde birinin tekabbül ettiği ameli ifadan diğerleri aciz bulunmuş olurlar. İmam Malik'in kavli de böyledir. Bize göre bu şirketin sıhhati vekâlet itibariyledir. Bir ameli tekabbül ise sahihtir, müvekkil üzerine bilfiil amel lâzım değildir, bu ameli ücretle ikame edebilir. (Mecmaül'enhür).

170 — : Şirket-i amâlde müddet tâyini şart değildir. Ancak tekabbül edilecek işlerin helâl olması şartdır. Aksi takdirde şirket vücuda gelmiş olmaz.

Meselâ: Mısır'da olduğu gibi ücretle cerazeye ağlamak için şirket akd edenlerden biri ağlayarak para alsa diğerleri bunda müşterek olmaz. Çünkü bu, esasen helâl değildir.

171 — : Şeriklerden her biri iş tekabbül ve teahhüd edebilir. Çünkü şirket, vekâleti mutazammındır. Biri tekabbül edib de diğeri amel etmek de caizdir. Şu kadar var ki, ameli meşrut olan şerikin tekabbül etmemesi meşrut olmamalıdır. Meşrut olursa caiz olmaz. Bu, şirketin muk-

tezasına münafidir.

Şirketi sanayi ile şerik olan iki terzinin biri metai kabul ile kesib biçmek, diğeri de dikmek üzere mukavele yapsalar bu da caiz olur. Elve-
rir ki birinin ameli tekabbül etmemesi sarahaten şart edilmiş olmasın. Bu
şart ile şirket akdi caiz değildir. Çünkü tekabbül etmemesi meşrut olan
şerikden vekâlet nefiy edilmiş olur. (Reddîmuhtar, Mecelle şerhi: Atıf
Efendinin).

172 — : Şirketi amâlde iş tekabbül etmek hususunda, şerikler birbi-
rinin vekilidir. VeleVKi o işe bizzat ehil olmasın. Maamafih şirketi amâlin
inan kısmı, deruhde edilen amelin zamanı hususunda şirketi müfaveze
hükmündedir. Binaenaleyh birinin tekabbül ettiği işin ifası, eğer bizzat
onun üzerine şart edilmemiş ise hem bihukmil'asale kendisine, hem de bi-
hukmil'kefale şerikine lâzım gelir. Bu cihetle şeriklerden birinin tekab-
bül eylediği işin ifasını müstecir, her hangisinden dilerse taleb eder ve
şeriklerden her biri o işi ifaya mecbur olur. Birisi, «Bu işi şerikim tekab-
bül etmiş ben karışmam.» diyemez. Meğer ki şeriklerden birinin bizzat
ameli şart kılınmış olsun. (Dürerülhukkâm).

173 — : Şirketi amâl ile şerik olanların birinden bir kimse, meselâ:
«Dikilmek üzere sana şöyle bir kumaş verdim.» diye dâva ettiği halde
diğer şerik bu kumaşı ve ücretini aldığını ikrar etse bu ikrar, diğer şerik
hakkında da muteber olur. Çünkü bu hususta şirketi müfaveze ile şerik-
ler gibidirler.

Kezalik : Yapılan işin ücretini müstecirlerden ahz ve kabz hususun-
da da şirketi amâlin inan kısmı, müfaveze hükmündedir.

Binaenaleyh şeriklerden her biri, ameli gerek bizzat teahhüd etmiş
olsun ve gerek olmasın, müstecirden ücretin tamamını taleb edebilir.
favüt şart edilse yine caiz olur. Meselâ: Şerikler mütesaviyen amel etmek
Müstecir dahi hangisine verse borcundan kurtulur. (Bahrirâik, Mecmaül
enhür).

174 — : Şeriklerden biri, tekabbül ettiği işi bizzat ifaya mecbur de-
ğildir, bunu dilerse kendisi yapar ve dilerse şerikine veya başka birine
yaptırır. Fakat müstecir, bizzat onun yapmasını şart koşarsa o halde ken-
disinin yapması lâzım gelir. (Hindiyye).

175 — : Şirketi amâlin inan kısmında şerikler, kazanacakları kârı
aralarında şart ettikleri vechile taksim ederler. Yani: Mütesaviyen tak-
sim etmek üzere şart etmişler ise müsavat üzere taksim ederler. Ve eğer
mütefazılan, yani: Meselâ sülüs ve sülûsan vechile taksim üzere şart et-
mişler ise ikili birli olarak taksim ederler. Hattâ amelde tesavi, kârda te-

ve kazancı ikili birli olarak taksim eylemek üzere şart etseler caiz olur. Çünkü birisi sanatda daha mahir ve ameli daha iyi olabilir. Maamafih mahir olmasa da böyle bir şart, sahihdir. (Bahrirâik, Reddimuhtar).

176 — : Şerikler, ameli zâmin olduklarından dolayı ücrete müstahik olurlar.

Binaenaleyh biri mariz olmak veya bir tarafa gitmek veya boş durmak gibi bir vechile işlemeyib de yalnız şeriki işlese hâsıl olan kisb ve ücret yine şart etdikleri vechile taksim olunur. (Bahrirâik).

177 — : Şeriklerden birinin sun'iyile müstecerünfih telef veya sâkat olsa bunu bütün şerikler zâmin olurlar. Müstecir, hasar ve ziyanı şeriklerden her hangisine dilerse tazmin ettirir ve bu ziyân, şerikler arasında miktârı zamana göre taksim olunur.

Meselâ: İki kimse, bir işi münasefeten tekabbül ve teahhüd etmek şartıyla akdi şirket etmişler ise aralarında ziyân dahi yarı yarıya taksim olunur. Ve eğer sülûs ve sülûsan vechile amel tekabbül ve teahhüd etmek üzere akli şirket etmişler ise ziyânı dahi ikili birli olarak taksim olunur, hilâfına olan şart ve mukavele muteber değildir. (Hindiyye).

Vuku bulan ziyân, şeriklerin sun'iyile olmayıb mümkünüttaharrüz bulunmamış ise şeriklere bilittifak zaman lâzım gelmez. Mümkünüttaharrüz bulunmuş ise İmam-ı Azama göre yine zaman icab etmez. İcare mebhâsine de müracaat!.

178 — : Tekabbülde ve amelde müteşarik olmak üzere hammalların şirket akd etmeleri sahihdir...

Meselâ: İki hammal, bir yükün naklini deruhde edib bunu yüklenecek arkalarıyla götürseler ücrete münasefeten müstahik olurlar. Fakat yalnız amelde müteşarik olmak üzere hammalların şirket akd etmeleri fâsiddir. Çünkü şirketi amâl, asl işi tekabbülden ibaretdir. Bunda ise tekabbül bulunmamıştır. (Bahrirâik, Hindiyye).

179 — : Dükkân birinin, alât ve edevat da diğerinin olarak iki kimse amel tekabbül etmek üzere şirket akd etseler sahih olur.

Meselâ: İki terziden birinin dükkânı, diğerinin de alât ve edevatı bulunmakla birlikte terzilik işlerini kabul etmek üzere şirket akd etseler caiz olur. Fakat birinin yalnız dükkânı veya alât ve edevatı bulunub amel etse diğeri tarafından olmak üzere şirket akd etseler fâsid olup âmilin kazancı yalnız kendisine aid bulunur, diğeri dükkânının veya alât ve edevatının eciri mislini alır. Çünkü şirketi amâlde makudunaleyh ameldir. Bunda ise birinden amel, diğerinden ayin bulunmuştur. (Bahrirâik, Reddimuhtar).

180 — : Birinin meselâ: Bir esterî, diğerinin de bir devesi olup da bunlar bir hamule naklini mütesaviyen tekabbül ve teahhüd etmek üzere şirketi amâl akd etseler sahih olur, hâsıl olan kisb ve ücret aralarında münasefeten taksim olunur. Deve yükünün ziyade olmasına bakılmaz. Çünkü şirketi amâlde şerikler zamanı amel ile bedele müstahik olurlar.

Amma bunlar, âmâlî tekabbül üzerine akdi şirket etmeyib de ester ve deveyi aynen icar etmek ve hâsıl olan ücreti aralarında taksim eylemek üzere şerik olsalar şirket, fâsîd olup ester ve deveden hangisi ne miktar ücretle kiraya verilirse bu ücret müstakillen sahibine aid olur. Çünkü yalnız onun malının menfaatidir. Fakat diğeri tahmil ve nakilde ona yardım etmiş ise bu amelinin ecri mislini alır, bu ecri misl, İmam Ebû Yüsûf'e göre ücretin yarısını tecavüz etmez, İmam Muhammed'e göre ise balîğen' mabelâğ lâzım gelir. (Hindiyîye, Reddimuhtar).

181 — : Bir kimse, kendisinin iyalinde bulunan, yani: Yiyeceği, giyeceği gibi lâzım mesarifini tesviye eylediği oğlu ile birlikde olarak icrayı sanatta bulunsa kazancının kâffesi, o kimsenin olur, oğlu muîn sayılır, babasından ecri misl alamaz.

Bir kimsenin iyalinde bulunan zevcesi veya kardeşi hakkında da hükm böyledir.

Nitekim bir kimse, ağaç gars ederken iyalinde bulunan oğlu, ona yardım etse veya ağacı tamamen oğlu dikse o ağaç o kimsenin olur, oğlu ona müşarik olmaz (Ankaravî fetâvâsı).

182 — : Babasının iyalinde olmayıb başka hanede yaşayan bir kimsenin kazanacağı mallar kendisininindir, buna babası haksız yere müdahale edemez.

Kezalik : Oğlun veya kardeşin veya zevcenin kendisine mahsus ayrıca bir sanatı olup onunla para kazansa bu kazancı kendisine aid olur. Nitekim bunlara irsen veya sair bir suretle isabet eden mal da müstakillen kendilerine aiddir.

Kezalik : Üç ,dört kardeş bir aile halinde yaşayıb biri diğerinin iyalinde olmayarak babalarından kalan malları tenmiye etseler kazançları aralarında müsavat üzere müşterek olur, çalışmalarındaki, reylerindeki ihtilâfları nazarı itibara alınmaz. (Hindiyîye, Reddimuhtar, Tenkih-i Hâmidî, Dürerül'hükkâm).

ŞİRKETİ VÜCUHE MÜTEALLİK MESELELER :

183 — : Şirketi inan kabilinden olan bir şirketi vücuhde şeriklerin satın aldıkları mallarda alettesavi hissedarı olmaları şart değildir. Fakat

şirketi müfaveze kabilinden olan bir şirketi vücuhde şeriklerin bu mallarda müsavat üzere hissedar olmaları şarttır.

Meselâ: Şirketi inan kısmında şeriklerin aldıkları bir mal, aralarında nisfiyyet üzere olabileceği gibi ikili birli de olabilir. Müfaveze kısmında ise hisselerin mutlaka müsavi olması lâzımdır.

Maamafih şirketi vücuh, bir nevi ticaret üzerine olabileceği gibi bütün ticaretler üzerine de olabilir. Evvelkisine «Şirketi vücuh-i hassa», ikincisine de «Şirketi vücuh-i âmme» denilir. (Mecmaül'enhür, Reddimuhtar).

184 — : Şirketi vücuhde şeriklerin ribhe istihkakları, satın aldıkları malların kendilerine teveccüh edecek zamanına müsteniddir. Bu malların semenini şeriklerin tazmin etmeleri bu mallardaki hisselerine göre olur, çünkü garamet, ganimete göredir. Binaenaleyh her şerik, bu malların ne miktarını zâmin ise ribhine de o nisbette müstahik olur.

Meselâ: İki kimse satın aldıkları bir malın sülüsü birinin, sülüsünü da diğerinin olmak, semenini de o vechile zâmin bulunmak üzere şirket akd etseler ribhin de sülüsü birinin, sülüsünü da diğerinin olur. Eğer birine satın alınan maldaki hissesinden fazla ribh şart edilse şirket, sahih olup şart, lâğv bulunur. Binaenaleyh kazanç, o maldaki hisselerine göre taksim edilir.

Şöyle ki: Aldıkları eşyanın aralarında yarı yarıya olmasını şart ederlerse kâr dahi yarı yarıya olur. Ve eğer ikili birli olmak üzere şart ederlerse ribh dahi ikili birli olur. Amma aldıkları eşyanın nisfiyyet üzere olması meşrut olduğu halde ribhin sülüs ve sülüsün vechile taksimini şart etseler bu şarta itibar olunmayıp ribh aralarında mümasafeten taksim olunur. (Velvaliciyye).

185 — : Şirketi vücuhde zarar ve ziyan da her halde şeriklerin satın aldıkları maldaki hisselerine göre taksim olunur. Başka türlü şart edilse lâğv olur, akdi şiraya gerek birlikde mübaşeret etsinler ve gerek yalnız birisi mübaşeret eylesin.

Meselâ : İki şerik, alış verişlerinde mütaazzır oldukları surette eğer satın aldıkları mal, aralarında nisfiyyet üzere olmak şartıyla akdi şirket etmişler ise bu zarar ve ziyan dahi aralarında müsavat üzere taksim olunur. Ve eğer o malda sülüs ve sülüsün nisbetinde hissedar olmak şartıyla akdi şirket etmişler ise zarar ve ziyan dahi ikili birli olarak taksim olunur. Bu zararın başka türlü taksimini şart etmiş olsalar ona itibar olunmaz. Zarar ettikleri malı gerek birlikde satın alsınlar ve gerek yalnız birisi şirket için satın almış olsun. Çünkü her biri bu hususda diğerinin

vekilidir. (Hindiyye, Dürerül'hükkâm).

ŞİRKETİ MÜFAVEZEYE MÜTEALLİK MESELELER :

186 — : Müfavizlerden biri üzerine ticaret, gasb veya kefalet gibi bir sebeble lâzım gelen şey, diğeri üzerine de lâzım gelir. Çünkü bunlar birbirinin kefilidirler. Binaenaleyh birinin ikrarı, kendi hakkında nasıl nafiz ise şeriki hakkında da böylece nafizdir. Ve biri borc ikrar ettikde mü-karrünle her hangisinden dilerse isteyebilir. Beyi, şira, icare gibi şirket cari olan muamelâtтан dolayı müfavizlerden birine her ne türlü borc te-veccüh eder ise diğesine de teveccüh eder.

Fakat müfavizlerden biri, lehinde şahadeti caiz olmayan bir şahıs için, meselâ: Zevcesi veya oğlu lehine bir şey ikrar eylese bu ikrar, kendi hakkında nafiz olursa da şeriki hakkında nafiz olmaz. İmam-ı Azam'ın kav-li budur, ezhar olan da bundan ibarettir. İmameyne göre ise bu ikrar, şeriki hakkında da nafiz olur.

187 — : Müfavizlerden biri için ticaret ev emsaliyle sâbit olan şeyi, diğeri de mutalebe ve kabz edebilir. Zira aralarında bir vekâlet caridir.

Binaenaleyh müfavizlerden biri, satın aldığı şeyi ayıbından dolayı bâyiine red edebileceği gibi diğeri de red edebilir... Nitekim bunlardan birinin sattığı şey, ayıbından dolayı kendisine red olunabileceği gibi diğ-erlerine de red olunabilir.

Kezalik : Müfavizlerden birinin sattığı malı, müşteriye teslim etme-si kendisinden talep olunacağı gibi serikinden de talep olunabilir. Ve bunlardan birinin ahire icar ettiği şirket malının icare bedelini kendisi talep edeceği gibi şeriki de talep edebilir. (Bahrirâik).

188 — : Müfavizlerden birinin aldığı mal, şirket cari olan emvâlden olunca şirket için alınmış olur. Velevki kendisi için aldığına işhadda bu-lunsun. Çünkü şirketi müfavezenin muktezası müsavat olup müfavizler-den her biri tasarrufda diğesinin makamına kaimdir. Bu cihetle birisi-nin iştirası, hepsinin birlikde iştirası gibidir. Bundan iki mesele müstes-nadır. Söyle ki: Müfavizlerden biri kendisine ve ehl ve iyâline mahsus al-dığı mekûlât ve elbise ve oturmak için iştirâ ve isticar ettiği hane ve sair havaic-i zarûriyye yalnız kendisininindir, şerikinin bunda hakkı yoktur. Bu istihsanen sâbittir. Çünkü bunlar müfavezenin muktezasından istisnai bir haldedir. Fakat bâyi veya mucir, bunların semenini de bihasbelkefale diğ-er şerikden talep edebilir.

Kezalik: Müfavizlerden biri, şerikine hitaben meselâ: «Şu haneyi bil-hassa kendim için almak isterim» deyip, şeriki de «Evet... kendin için

al.» dedikden sonra satın alsa bu hane kendisinin olur. Fakat böyle bir muamele neticesinde müfavezlerden birinin sermayesi diğerinin sermayesinden noksan kahrısa aralarındaki şirketi müfaveze, şirketi inana münkalib olur. (Bahrirâik, Velvaliciyye).

189 — : Müfavezenin şirketi emvâl kısmında şeriklerin miktarı sermayeleri ve ribhden hisseleri mütesavi olmak şart olduğu gibi birinin sermaye-i şirketten fazla sermaye-i şirket olabilecek malı, yani: Nükudu veya nükud hükmünde olan emvâli bulunmamak da şarttır. Bu şartlar, müfavezede ibtidaen şart olduğu gibi intihaen de şarttır. Her ne zaman birinin bu kabil malı artsa veya eksilse şirketi müfaveze, şirketi inana münkalib olur.

Amma birinin sermaye-i şirketten fazla sermaye-i şirket olmayacak malı, yani: Uruzu veya akarı yahud ahar kimse zimmetinde alacağı veya kendisine irsen intikâl edib nasın zimmetlerinde bulunan matlûbatı bulunsa müfavezeye zarar vermez. Böyle bir alacak, kabz ve istifa edilmedikce madum mesabesindedir. (Bedayi, Hizanetül'müftin).

190 — : Şirketi amâlde seriklerin her biri, herhangi bir işi tekabbül ve iltizam cdebilmek ve alesseviyye ameli zâmin ve müteahhid olmak, ve faide ile zararda, vediada mütesavi ve birine şirket sebebiyle ne terettüb ederse diğeri ona kefil bulunmak üzere şirket akd etseler bu, bir şirketi müfaveze olur. Bu şirkette seriklerin malda, sanatta müsavi, mekânen müttehid olmaları şart değildir. Deruhde ettikleri şeyleri her ikisinin birden imâl etmeleri de lâzım değildir. Bir terzi ile bir marangozun iştiraki gibi. Ancak kazanacakları kârın aralarında münasafeten müsterek olması lâzımdır. Bu suretde her hangisinden olursa olsun ecir ve dükkân ücreti mutalebe olunabilir ve kendilerinden bir şahıs bir meta' dâva edib de birisi ikrar etse bu ikrar, şeriki hakkında da nafiz olur, velevki şeriki inkâr etsin. (Hindiyye, Dürrümuhtar).

191 — : Şirketi amâlin cevazı için baslıca iki şart vardır. Biri, yapılacak iş haddizatında helâl olmalıdır. Diğer de yapılacak işde tevkil caiz ve bu işin yapılmasından dolayı ücrete istihkak hâsıl olmalıdır. Binaenaleyh sirkat gibi, tese'ül gibi şeylerde iştirâk caiz olmaz. (Abdürrahim fetâvâsı).

192 — : Mükellef iki kimse, veresiye mal alıp satmak ve satın alınan mal ile semeni ve kârı aralarında yarı yarıya müsterek bulunmak ve her biri diğerine malen kefil olmak üzere şirket akd etseler, şirketi vücuhun müfaveze kısmı vücuda gelmiş olur, müfaveze lâfzını tasrihe lüzum kalmaz.

Fakat şirketi vücuh, yukarıdaki vechile takyid edilmeyib aleltilâk zikr olunursa taarüfe nazaran şirketi inana münsarif olur. (Bahrirâik).

193 — : Şirketi müfaveze akdi iki suretle olur: Biri, yalnız müfaveze lâfzının söylenmesiyle olur, velevki söyleyenler, bunun mânasını bilmesinler.

Meselâ: İki kimseden biri «Seninle mal alıp satmak hususunda akdi müfavezede bulunuyorum deyib diğeri de bunu kabul etse şirketi müfaveze vücuda gelir. Müfavezenin bütün şartlarını dermeyan etmeleri icab etmez. Diğeri de müfavezenin bütün şeraiti, yani: Muktezayatı tâdâd olunmak suretiyle vücuda gelir. Vele ki müfaveze lâfzı söylenmesin.

Fakat müfaveze lâfzı söylenmeksizin veya onun bütün şeraiti tâdâd olunmaksızın aleltilâk şirket akd olunursa bu, şirketi inandan ibaret olur. (Hindiyye).

194 — : Müfavezeye aid şartlardan birisi bulunmaz veya bilâhare zail olursa müfaveze, şirketi inan olur.

Meselâ : Şirketi emvâlde müfavizlerden birinin eline irs, hibe, veya vasiyet tarikiyle bir mal geçse bakılır: Eğer nükuğ gibi sermaye-i şirket olabilecek bir mal ise sermayede tesavi şartı fevt olacağından müfaveze, inana münkalib olur. Amma uruz ve akar ve düyûn gibi sermaye-i şirket olmayan mal ise müfavezeye zarar vermez. Fakat düyûndan bir miktarı olsun istifa edilirse müfaveze, şirketi inana münkalib olur. (Mecmaül'en-hür, Reddimuhtar).

195 — : Şirketi müfavezede şart olan şeylerin tamamı, şirketi inanda şart değildir. Sermayede tesavi gibi. Fakat şirketi inanın sıhhati için şart olan şeylerin mecmuu, müfavezenin sıhhati için de şarttır. Bunlar altıdır. Şöyle ki: Şerikler âkil ve mümeyyiz olmalıdırlar, sermaye ayin olmalıdır, sermaye nükuğ, kabilinden olmalıdır. Makudünaleyh vekâleti kabîl olmalıdır. Hâsıl olan ribh, malûmül'miktar olmalıdır. Şeriklere verilecek ribh, nısf veya rubu' gibi cüz'i şayi bulunmalıdır. (115 - 119) uncu meselelere de müracaat!.

196 — : Şirketi inan ile serik olanlar, tasarrufca her ne yapabilirler ise müfavizler de onu yapabilirler.

Meselâ : Şirketi inan ile serik olanlar gibi müfavizlerden her biri de şirketin malını peşin veya veresiye olarak az ve çok beha ile satabilir, ve bu mal ile peşin veya veresiye mal satın alabilir. Bunlardan biri şirketin umuru için başka diyara gitse masrafını şirketin malından alabilir ve bunlardan her biri şirketin malını idâ ve ibza edebilir, müzarebeye de verebilir.

Fakat şirketi müfaveze ile şerik olanların her yapabilecekleri tasarrufu, şirketi inan ile şerik olanlar yapamazlar.

Meselâ : Müfavizlerden biri, şerikinın izni olmaksızın — şirket namına — diğer şahıs ile şirketi inan akd edebilir. Bu muamelesi kendi hakkında nafiz olduğu gibi diğer müfaviz hakkında da nafiz olur. Halbuki şirketi inan ile şeriklerden biri diğerinin izni olmadıkça başkasıyla şirketi inan veya müfaveze akd edemez.

Kezalik : Müfavizlerden biri rehin alabilir, rehin verebilir, rehn ve irtihamı ikrarda bulunabilir. Şirketi inan ile şerik olanlardan biri ise — şeriklerinin izin ve muvafakati olmadıkça — bunları yapamaz (Hindiyye, Dürrerül'hükkâm).

ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN MAHİYETİ VE TAKSİMİ :

197 — : Müzarebe, bir şirketi ribhdir, bir taraftan sermaye, diğer taraftan sâ-y ve amel olmak üzere yapılan bir nevi şirkettir ki, sermaye, tamamen bir veya müteaddid kimselere aiddir, bu sermayeyi çalışıp tenmiye etmek de diğer bir kimseye aiddir. Elde edilecek kâr ise aralarında bir nisbet dahilinde müşterek bulunur.

Sermaye sahibine rebbül'mal, âmile — Çalışacak şahsa da «Müzarib» denilir.

Müzarebeye mukaraze, kıraz da denilmiştir. Çünkü mal sahibi bu malı katı' ve ifraz ederek âmile teslim eder.

Şayed sermaye ile kâr bir tarafa aid olub diğer taraf için yalnız amel meşrut olursa bu akde «Bizaa» denir ki, bu da caizdir.

Bilâkis sermaye bir zata aid olub bunun ribhi tamamen âmile tahsis edilirse bu halde sermaye, âmile ikraz edilmiş olur. Bundan sermaye sahibi bir şey alamaz.

198 — : Müzarebenin rüknü, müzarebeye delâlet eden bir lâfz ile icab ve kabulden ibarettir.

Meselâ : Sermaye sahibi müzaribe hitaben: «Şu sermayeyi al, kârı aramızda yarı yarıya yahud ikili birli taksim olunmak üzere müzarebeten say' ve amel et» dese yahud: «Şu paraları al, sermaye et, ribhi bey-nimizde şu nisbetle müşterek olsun.» demek gibi müzarebe mânasını ifade eder bir söz söylese, müzarib dahi kabul eylese, aralarında müzarebe mün'akid olur.

Mükareze, muamele, lâfzları da müzarebe yerinde kullanılabilir. Mal sahibi «Şu malı mükarezeten al, ticarete bulun, kârı münasafeten aramızda müşterek olsun.» deyib diğeri de: Aldım veya razı oldum veya ka-

bui ettim gibi bir şey söylese müzarebenin rüknü tamam olmuş olur. (Bedayi, Hindiyye).

199 — : Müzarebe, müzarebe-i mutlaka, müzarebe-i mukayyede namıyla iki kısımdır. Müzarebe-i mutlaka; zaman mekân ve bir nevi ticaret ile ve bāyi ile müşteriyi tâyin ile mukayyed olmayan müzarebedir. Müzarebe-i mukayyede ise zaman ile veya mekân ile veya bir nevi ticaret ile veya bunların ikisiyle veya mecmuiyle takyid olunan müzarebedir.

Meselâ: «Filân vakit veya filân yerde ve yahud filân cins mal al sat. ve yahud filân kimseler ile veya filân belde ahalisiyle alış veriş et.» denilse müzarebe-i mukayyede olur.

200 — : Müzarebenin takyidi, akdi şirket zamanında olabileceği gibi akdden sonra da olabilir. Müzaribin bu kayda riâyeti lâzımdır. Çünkü müzarebe, tevkildir, tahsisde ise faide vardır. Zira ticaret mekânların, vakitlerin, metaların, şahısların ihtilâfiyle muhtelif olur. Şu kadar var ki, bu takyid, müfid olmalıdır. Ve şirketin sermayesi uruza tahvil edilmemiş bulunmalıdır. Ve illâ kayda riâyet lâzım gelmez.

Meselâ: Sermaye sahibi: «Satın alacağın emtiayı peşin para ile satma.» dediği halde müzarib, o emtiayı veresiye satacağı bir beha ile peşin paraya satabilir. Çünkü bu «satma» sözü, müfid değildir.

Kozalık : Sermaye uruza tahvil edilmiş ise artık rebbülmal müzaribi takyid edemez. Velew ki kaydı müfid olsun. Zira bu tahvilden sonra rebbülmal, müzaribi azle salâhiyettar olmadığından takyid ve tahsise de salâhiyeti yoktur. (Bahrirâik, Mecmaül'enhür, Dürrümühtar).

201 — : Rebbül'mal ile müzarib, müzarebenin mukayyed olup olmadığına ihtilâf etseler bakılır: Eğer daha tasarruf vaki olmamış ise söz, rebbül'malindir. Tasarruf vaki olmuş ise söz, meâl'yemin itlâk iddiasında bulunan müzaribindir. Çünkü müzarebede asl olan, itlâktır. Hangisi beyyine ikame ederse kabul olunur. Rebbül'mâl ile müzarib başka başka nevi ile takyid iddiasında bulunsalar, meselâ: Birisi kumaş, diğeri ise erzak alıp satmak hususunda şirket akd etmiş olduklarını iddia eylese söz, rebbül'malindir. Çünkü ikisi de tahsis üzerine ittifak etmiştir. Bu hususdaki izin ise rebbül'malden müstefad bulunmuş olacağından söz onundur. Bu halde beyyine müzaribindir. Zira o, kendisine teveccüh edecek zamanı bu suretle nefye muhtacdır. (Bahrirâik, Mecmaül'enhür, Reddimuhtar).

ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN SİHHATİNİN ŞARTLARI :

202 — : Müzarebenin sıhhati için — aşağıdaki meselelerde gösterildiği üzere — yedi şart vardır. Bu şartlardan biri bulunmayınca müzarebe fâsîd olur.

203 — : Rebbül'malın tevkile, müzaribin de ifa'i vekâlete ehliyetleri şarttır. Binaenaleyh âkidlerin ehliyeti, yani: Âkil ve bâliğ olmaları veya hud' ticarete mezun. gayrı balığ, mümeyyiz bulunmaları lâzımdır. (Dürer).

204 — : Re'sül'mâlin esmandan ayn olması, yani: Sermaye-i şirket olabilecek altın. gümüş paralar ile sair rayic meskûkât kabilinden bir mal bulunması şarttır.

Binaenaleyh uruz, akar. mekilât, mevzunat ile nasın veya müzaribin zimmetindeki alacak müzarebede re'sülmâl olamaz. Fakat rebbül'mal. uruzdan bir şey verib de, «Bunu sat semeniyle müzarebeten amel et.» deyib müzarib de kabul ve kabz ederek o malı satib bedeli olan nükudu sermaye edinse müzarebe sahih olur.

Kezalik : «Filânın zimmetinde alacağım olan şu kadar kuruşu kabz et, onu müzarebe yoluyla kullan» deyib müzarib de kabul etse sahih olur. Çünkü kabz edilirken bir deyn. ayn olacağından re'sülmâl olmaya salih olur.

Yedi eminde veya zamanda bulunan bir mal da re'sülmâl olabilir. Birisinin elinde vedîa veya magsub bulunan nükud gibi.

Müzarebede sermayenin müşa olması da caizdir. Rebbül'mâl tarafından müzaribe meselâ: İki bin lira teslim edilerek bunun yarısı sana ödünç olsun. diğer yarısı ile de müzarebeten amel et, kâr aramızda yarı yarıya müşterek olsun.» deyip o da kabz ve kabul etse müzarebe sahih olur. (Reddimuhtar).

205 — : Re'sülmâlin âkidler indinde malûm olması şarttır. Bu malûmiyyet, ya tesmiye ile olur: «Şu kadar yüzlük altını sana müzarebe için verdim.» demek gibi. Veya işaret ile olur: Elinde bulunan altınlara işaret ederek «Bunları sana müzarebe için verdim.» demek gibi. (Mecmalül'en-hür).

206 — : Ribhin şayi olması, yani: Âkidlerin ribhden hisseleri nısıf, sülûs gibi bir cüz'ü şayi olarak tâyin edilmesi şarttır.

Binaenaleyh rebbül'mal ile müzaribden birine ribhden muayyen bir miktar şart edilse, meselâ: «Ribhden evvel emirde yüz lira rebbül'mâle verilip mütebâkisi de aralarında nısıfîyyet üzere taksim edilsin.» diye mu-

kavele yapılırsa müzarebe fâsid olur. Çünkü bu yüz liradan fazla ribh olmayabilir. O halde müzarebe, mün'katî olmuş olur. (Velvaliciyye, Mecmaül enhür).

207 — : Re'sülmâlin müzaribe teslim edilmesi şarttır. Çünkü teslim edilmedikçe müzaribin amel etmesi kabil olamaz.

Binaenaleyh sermayenin müzaribe teslimi şartı ihlâl edilerek rebbül'mâlin müzarib ile birlikde ameli şart edilse müzarebe fâsid olur.

Fakat rebbül'mâlin müzarib ile beraber çalışması şart edilmediği halde müzarib kendisine teslim edilmiş olan sermayenin bir miktarını rebbül'mâle kendi rizasiyle verse bu, bir istiane kabilinden olarak caiz olur (Dürer., Velvaliciyye, Bahrirâik).

208 — : Rebbül'mâl ile müzaribin ribhden hisselerinin miktarı akd-i müzarebe zamanında malûm bulunması şarttır.

Binaenaleyh âkidlerin ribhden hisseleri nısıf, sülûs gibi bir cüz'ü şâyi olarak tâyin edilmek lâzımdır. Çünkü müzarebede makudünaleyh ribhdir. Makudunaleyhin cehaleti ise akdin fesâdını icab eder. (Dürer).

209 — : Müzaribe veriləcək hissenin ribhden olması şartdır.

Binaenaleyh bu hissenin yalnız re'sülmâlden ve yahud bir miktarı re'sülmâlden, bir miktarı da ribhden verilmesi mukavele edilse müzarebe fâsid olur. (Tahtavî).

210 — : Rebbül'mâl ile müzarib, akd-i müzarebenin sıhhat ve fesa dında ihtilâf etseler söz, sıhhatini iddia edenindir. Çünkü ukudda sıhhat, asldır. (Dürrümuhtar).

ŞİRKET-İ MÜZAREBENİN HÜKMLERİ :

211 — : Müzarib, emindir, onun elindeki sermaye kısmen vedia hük-mündedir. Sermayede tasarruf etmesi hususunda rebbül'mâlin vekilidir, kâr ederse onda şerik olur, taaddisi ve taksiri olmaksızın sermaye telef olursa zâmin olmaz. Fakat mukavele şeraitine muhalefet ederse gâsıb sayılır. Ribh kendisine aid olur. (Mülteka).

212 — : Müzarebe-i mutlakada müzarib, müzarib, mücerred akd-i müzarebe ile müzarebenin levâzım ve teferruatından olan işleri yapmağa mezun olur. Çünkü bunların hepsi de tüccarın yapmakta olduğu umurdandır. (Mecmaül'enhür.)

Şöyle ki: Evvelâ: Satıb kâr etmek için mal satın alır. Fakat gabni fâhiş ile mal satın alsa kendisi için almış olur, müzarebe hesabına dâhil ol-

maz. Şâyed müzarib iki kimse olursa yalnız birisi satın alamayıb birlikte iştirâ etmeleri lâzım gelir. Binaenaleyh birisi diğerinin izni olmaksızın satın alsa malın yarısını zâmin olub kâr ve zararı kendisine aid olur. (Velâliciyye).

Saniyen : Gerek peşin para ile ve gerek veresiye olarak az ve çok beha ile mal satabilir. Fakat tâcirler arasında örf ve âdet olduğu merteye mühlet verebilir, yoksa beynettüccar maruf olmayan uzun müddet ile mal satamaz. Bir de rebbül'mâl peşin para ile satmasını emr etmiş olursa artık veresiye satamaz. (Reddimuhtar tekmilesi).

Müzarib, müzarebe malını rebbül'mâle de satabilir.

Salisen : Müzarib, sattığı malın semenini havaleten kabul edebilir. Çünkü bu vechile havaleten tacirler arasında âdetdir.

Râbîan : Müzarib, başkasını bey' ve şiraya ve kabz ile husumete tevkil edebilir. Bu da tacirlerin âdetleri cümlesindendir. (Hindiyye).

Hâmisen : Mali müzarebeyi idâ ve rebbül'mâle veya başkasına ibza edebilir. Müzarebe için rehn ve irtihanda bulunabilir, icar ve isticar edebilir, meselâ: İş görmek için ecirleri ve eşyayı başka yere götürmek için nakil vasıtalarını isticarda bulunabilir.

Sâdisen : Alış veriş etmek üzere berren ve bahren ahar beldeye gidebilir, bu müzarebenin muktezasıdır. Meğer ki rebbül'mâl gitmesini şart koşmuş olsun (Dürrümuhtar, Reddimuhtar).

213 — : Müzarebe-i mutlakada mali müzarebeyi müzarib kendi maliyle karıştırmaya ve müzarebeye vermeğe mücerred akd-i müzarebe ile mezun olmaz. Fakat müzariblerin müzarebe mallarını kendi mallariyle karıştırmaları âdet olan beldede ise —müzarebe-i mutlakada — müzarib ona da mezun bulunur. (Hindiyye, Tatarhaniyye).

214 — : Müzarebe-i mutlakada rebbül'mâl, müzaribe hitaben: «Reyinle amel et.» diyerek müzarebe umurunu onun re'yine tefviz etmiş olsa müzaribi her halde, yani: Âdet olsun olmasın müzarebe malını kendi maliyle karıştırmaya ve müzarebeye vermeğe mezun olur, buna delaleten izin vardır. Amma müzarebe malından hibe ve ikraz etmeğe ve sermayeden ziyade borc altına girmeğe bu surette dahi mezun olmayıp bunların yapılabilmesi rebbül'mâlin serahaten izin vermesine mevkufdur.

Kezalik : Sermaye kâmilten uruza tahavvül eyledikten sonra müzarib, şu kadar para ile veresiye bir mal iştirâ edemez, ederse hasseten kendisinin olur. Ve bu halde o uruzu islâh veya başka bir mahalle nakl için de istidanede bulunamaz. İstidane eder de sarf eylerse müteberri sayılır. (Mecmaül'enhür, Reddimuhtar).

215 — : Müzarib, serahaten veya delâleten izne mebni kendi maliyle müzarebe malını karıştırdığı surette hâsıl olan ribh, sermayeleri miktarına göre taksim edilir, yani: Müzaribin kendi sermayesinin kârı kendisine aid olur. Müzarebe malının kârı da rebbül'mâl ile aralarında şart ettikleri vechile taksim edilir. (Tatarhaniyye).

216 — : Müzarib, rebbül'mâlin serahaten izniyle sermayeden ziyade olarak veresiye mal alsın borsu da bu mal da ikisi arasında şirketi vücuh ile müşterek olur. Asıl müzarebe malının ribhi ise yine beyinlerin de şart ettikleri vechile taksim edilir. müzarebenin mucebî tagayyür etmez. (Kuhüstânî, Reddimuhtar).

217 — : Müzarebe-i sahihada müzarib, müzarebe işiyle bulunduğn beldeden sabahleyin hareket edib de akşama kadar hanesine avdet edemeyeceğn başka bir yere giderse maruf mesarifini müzarebe malından alır. Çünkü nefsinu bu uğurda haps ve tahsis etmiş olacağından bu sebeple kendisinin ve hizmetcisinin nafakasına müstahik olur. Fakat müzarebe fâsiden akd edilmiş olsa müzarib bu nafakaya müstahik olmaz, bunu kendi malından ödemek lâzım gelir. Çünkü bu takdirde müzarib; şerik değıl, ecirdir. Kezalik: Rebbül'mâl, müzaribe iane için sefere çıksa kendisinin, hizmetcisinin ve hayvanının nafakaları müzarebe malından lâzını gelmez. (Mecmaül'bahreyn, Reddimuhtar tekmilesi).

218 — : Müzarebe-i mukayyededede rebbül'mâlin kendisine müfid olan kayd ve şartı ne ise müzaribin ona riayet etmesi lâzım gelir. Meselâ: Filân yerde, filân vakitte veya filân cins emtia ile ticaret edilmesi meşrut olunca müzarib bunun hilâfına hareket edemez. Bu gibi kaydlar, müfid-dir. Zira ticaret, mekânların, vakitlerin, metaların ihtilâfiyle muhtelif olur.

Bu gibi takyidler, sermaye-i şirket nakden mevcut bulundukca mu-teberdir, yalnız akd zamanına münhasir değıldir. (Dürer., Dürerül'hük-kâm).

219 — : Müzarib, rebbül'mâl tarafından verilen mezuniyetin haricine çıkar, müfid olan kayd ve şartı muhalefet ederse gâsıb olur. Çünkü bu hareketile başkasının malına taaddide bulunmuştur. Bu halde müzaribin ettiğn alış verişin kâr ve zararı kendisine aid olur ve müzarebe malı vifaka avdetden evvel telef olursa onu zâmin olur. Fakat alış veriş yapmadan eski hale dönerse zaman zâil olup müzarebe akd-i evvel ile alâ-haliha devam eder. (Mecmaül'enhür).

220 — : Rebbül'mâl, «Müzarebe maliyle filân mahalle gitme.» yahud «Veresiye mal satma.» deyib müzaribi nehy etmiş iken müzarib bu-

na muhalefet ederek mal-i müzarebe ile o mahalle gidib bu malı bilâ ta-addin telef olsa ve yahud veresiye mal satıb da parası batsa müzarib bu malı zâmin olur.

221 — : Rebbül'mâl, müzarebeyi bir vakt ile tevkit etti de o vak-tin geçmesiyle müzarebe münfesiñ olur. İnfisah tarihine kadar şirketin zimemi nasda olan alacağı — az çok ribh bulunduğı takdirde — müzarib tahsile mecburdur. Çünkü bu halde müzarib bir ecir mesabesindedir. alacağı ribh mukabilinde bu tahsil ile müvazzeftir. Fakat tahsili lâzım gelen düyûn içinde ribh bulunmazsa müzarib bu düyûnu tahsile mecbur olmaz. Belki bunu kabz ve tahsil için rebbül'mâli tevkiñ etmesi lâzım gelir. Zira âkid, müzaribdir, hukuk-u akd kendisine râcîdir. (Kâfi, Bahrîrâik, Dürrü-muhtar).

222 — : Rebbül'mâl müzaribi azl edebilir. Çünkü müzarib bir vekil mesabesindedir. Fakat onu azl edince bu azli ona bildirmesi lâzım gelir. Binaenaleyh kendisinin azline vakıf oluncaya kadar müzaribin vaki ola-cak tasarrufatı muteber olur. Müzarib azline vakıf olunca da vekâleti ni-hayet bulur, artık elindeki nûkudda tasarruf edemez. Amma elinde nû-kuddan başka mal bulunursa onu satıb nakde tebdil edebilir. Fakat bu-nunla tekrar mal alamaz, rebbül'mâl, elde bulunub re'sül'mâlin hilâfı olan malı kıymetiyle kabul ederse bu takdirde müzarib o malı satamaz.

Rebbül'mâlin vefatı takdirinde de müzarib, bir kavle göre bu vefat-dan haberdar olmadıkca mün'azil olmaz. Diğer bir kavle göre ise haber-dar olsun olmasın mün'azil olur, bu bir azl-i hükmîdir.

Müzarib de kendisini azl edebilir. Çünkü müzarebe iki taraf hakkın-da da lâzım olmayan akdlerdendir. (Haniyye, Minehül'gaffar, Mecelle şer-hi: Atıf Efendinin).

223 — : Müzarib ancak amel mukabilinde ribhe müstahik olur. Amel ise ancak akd ile mütekavvim olur. Binaenaleyh müzarebe-i sahihe akdin-de müzaribe ne miktar şart edilmiş ise ona göre ribhden hisse alır.

Ribhin bir kısmı bir ecnebiye şart edilmiş olsa bakılır: Eğer o ecne-binin ameli meşrut ise bu ribhe müstahik olur, meşrut değilse müstahik olmaz, belki onun hissesi rebbül'mâle aid olur. Böyle bir şart, müzarebe-nin sıhhatine hâlel vermez. (Dürer., Reddimuhtar).

224 — : Rebbül'mâlin ribhe istihkakı sermaye olarak verdiği mal ile-dir.

Binaenaleyh müzarebe-i fâsidede ribhin mecmuu ona aiddir. Bu hal-de müzarib, rebbül'mâlin eciri menzilesinde olub ondan ecir mislini alır Çünkü müzarebenin fesâdına mebni ribh tesmiyesi bâtıl olmuştur. Müza-

rib ise meccanen amele razi değildir. Şu kadar var ki, bu ecri misl, akd zamanında şart eyledikleri miktarı tecavüz edemez. Zira bu miktara razi olmuştur, ve ribh yoksa ecri misle de müstahik olmaz. Bu İmam Ebû Yûsûf'e göredir, Mecelle'de de bu kabul edilmiştir. Fakat İmam Muhammed'e ve Eimme-i Selâseye göre ribh olsun olmasın müzarib bu halde ba-liğen mâbelâğ ecri misline müstahik olur. (Mecmuaül'enhür).

225 — : Müzarebe malından bir miktarı bilâ taaddin telef olsa evvel emirde ribhden mahsub olunub re'sül'mâle sirayet ettirilmez. Çünkü ribh, tâbidir. Re'sül'mâl ise asldır. Telef ise tâbie münсарif olur. Müzaribin ta-addisi takdirinde ise kendisine zaman teveccüh eder.

Ve eğer telef olan miktar, ribhin miktarını tecavüz edib de re'sül'mâle sirayet ederse müzarib onu zâmin olmaz. Bu ziyân gerek müzaribin ameliyle olsun ve gerek olmasın. Zira müzarib, emindir. Elverir ki taaddisi ve taksiri bulunmasın. Bu hususda müzarebenin sahîh olmasıyla fâsid olması arasında fark yokdur, zaman lâzım gelmez, bu malın telef olması hususunda müzaribin sözü kabul olunur, o emindir.

Bu ademi fark, İmam-ı Azam'a göredir. Zahirürrivaye olan da budur. İmameyne göre ise müzarebe fâsid olunca bu mal, mazmun bulunur. (Mecmaül'enhür).

226 — : Müzarebede zarar ve ziyân, ribhin miktarını tecavüz ettiği veya asla ribh bulunmadığı takdirde rebbül'mâle aid olur. Hattâ zarar ve ziyânın müzarib ile rebbül'mâl arasında müşterek olması veya bunun kâmilin müzaribe aid bulunması şart edilse bu şarta itibar olunmaz ve bununla akdi müzarebe fâsid olmaz. Çünkü fâsid şartlar, müzarebeyi ifsâd etmez. (Dürer., Mecmaül'enhür).

227 — : Müzarebe şu on sebebden biriyle münfesiğ olur.

(1) Rebbül'mâlin vefatı, (2) Müzaribin vefatı, (3) Rebbül'mâlin cünûnu mütbik ile cinneti, (4) Müzaribin bu vechile cinneti, (5) Rebbül'mâle sefeh veya hacr sebebiyle mehcuriyyet tereyani, (6) Bu halin müzaribe tereyani, (7) Müzarebe muvakkat olub vaktin geçmesi, (8) Rebbül'mâlin müzaribi azl etmesi, (9) Müzaribin istifa etmesi, (10) Daha tasarruf vuku bulmadan sermayenin telef olması. (Reddimuhtar tekmilesi).

228 — : Müzarib vefat veya tecennün etse bakılır: Eğer müzarebe mali, uruz halinde olub da rebbül'mâl, re'sül'mâli nakd olarak ister de o uruzu kıymetiyle kabulden imtina ederse müzaribin vasisi, o uruzu satıp nakde tahvil ederek rebbül'mâlin re'sül'mâlini ve ribhden hissesini kendisine verir.

Bilâkis rebbül'mâl vefat eder de mal müzarebe nakid halinde bulu-

nursa artık müzarib, vârislerin izinleri olmadıkça bu nakidde tasarruf edemez. Ve eğer uruz halinde ise müzarib onu rebbül'mâlin beldesinde satarak nakde tahvil eder, başka uruz mukabilinde satacak olsa bunu da satarak nakde tahvil etmesi lâzım gelir. Ve re'sül'mâl ile ribhden hisselerini vârislere verir. (Dürrümuhtar tekmile).

229 — : Müzarib, mücehhilen ölse, yani: Müzarebe malının ne olduğunu, nerede kaldığını bildirmeksizin vefat etse müzarebenin re'sül' mâli terekesinden tazmin edilir. Bu halde vârisleri, «Mali müzarebeyi müverrisimiz rebbül'mâle red etmiş idi.» diye iddia etseler beyyinesiz kabul edilmez.

Müzarib, medyun olduğu halde vefat etti de eğer mali müzarebe maruf ise rebbül'mâl, re'sül'mâline ve bunun ribhinden hissesine ehakk olur, bunlara sair alacaklılar müdahale edemezler. (Hindiyeye, Reddimuh-tar).

MALİKİLERE GÖRE ŞİRKETLERİN NEVİLERİ :

(Malikî'lerce şirketler, şirketi irs, şirketi ganimet, şirketi mübayaa, şirketi zimem, şirketi inan, şirketi amel, şirketi vücuh, şirketi cebir, şirketi müfaveze, şirketi müzarebe namıyla on nev'e ayrılır. Bunlara dair sırasıyla mücmelen malûmat verilecektir.

(1) Şirketi irs, vârislerin bir ayne malikiyyette miras yoluyla içtima etmeleridir.

(2) Şirketi ganimet, islâm askerlerinin cihad neticesinde elde etmiş oldukları ganimet mallarının mülküyetinde içtima etmeleridir.

(3) Şirketi mübayaa, iki veya daha ziyade kimsenin bir malı, meselâ: Bir haneyi satın almak hususunda içtima etmeleridir.

Bu üç nevi şirkete Hanefî fukahaşı, «Şirketi mülk» adını vermişlerdir. Bu üç nevi şirketin hükmüne gelince Malikî'lere göre bu şeriklerden hiç biri, ortaklarının izni olmadıkça bu mallarda tasarrufda bulunamaz, tasarrufda bulunursa bir kavle göre gâsıb gibi olur, diğer bir kavle göre olmaz.

Binaenaleyh şeriklerden biri aralarında mülken müşterek bir yeri ekse veya orada binâ yapsa evvelki kavle göre ekinleri koparılır, binası hadm edilir. İkinci kavle göre ise bunlar hali üzere terk edilir. Bunları yapan şerik, bu yerden diğer şeriklere aid hisselerin kirasını verir, kendisi de bu şeriklerden o binanın hisseleri nisbetinde kıymetini almaya müstahak olur. Çünkü bunu şirket şübhesinden dolayı bina etmiştir.

Kezâlik: Bir binanın alt katına biri, üst katına da diğeri malik ol-

mak üzere iki kimse, bir hanede müsterek olsalar da üst kat sahibi, bir kat daha bina etmek istese buna müsaade edilmeyebilir. Meğerki yapılacak bina, alt kata ne hâlen ve ne de âtiyen muzir bulunmasın. Bu hususta ehli hibreye müracaat edilir.

Kezalik : Bir kaç kimse arasında müsterek olan bir hane yıkılmakla bunlardan biri tâmirini istediği halde diğerleri imtina etseler, tâmirini isteyen şerik, bunu tâmir ederek masrafını istifa edinceye kadar bütün vâridatına müstevli olabilir. Bâdehû bu vâridatı hisseleri nisbetinde iktisam ederler. Nitekim diğer şerikler, masrafları hisselerine düşen miktarı verdikleri takdirde de hükm böyledir.

Şirketi mübayaada sermaye, altın veya gümüş sikke olacağı gibi bir taraftan nakid, diğer taraftan uruz veya her iki taraftan da uruz olabilir, cinsleri müttefik olsun olmasın. Şirkette sermaye ittihaz edilen uruzun akd-i şirket zamanındaki kıymetine itibar olunur. Meselâ: İki şerikden biri bin altın, diğeri de bin altın kıymetinde uruz sermaye vaz etse aralarında şirket, nisfiyyet üzere tesis edilmiş olur.

Pakat bir taraftan altın, diğer taraftan gümüş para sermaye ittihaz edilemez. Çünkü bu halde sarf ile şirket ictima etmiş olur. Şâyed böyle bir sermaye ile amel edilecek olsa şeriklerden her biri kendi re'sül'mâlini alır, kâr da her on dinara bir dinar ve her on dirheme bir dirhem vermek üzere taksim edilir. Zarar takdirinde de bu nisbet nazara alınır.

(4) Şirketi zimem, iki kimsenin gayrı muayyen bir şeyi zimmetlerine terettüb edecek semeni müeccel ile, yani : Veresiye olarak satın alıp her biri diğerine kefi olmak, sonra da o şeyi satıp elde edecekleri kârını aralarında iktisam eylemek üzere yaptıkları bir akdi şirkettir.

Bu şirket, caiz görülmemektedir. Maamafih bu şirket akd edilerek deruhde edilen iş görülmüş olunca şerikler, ittifak etmiş oldukları vechile kârdan hisselerini alırlar.

(5) Şirketi inan iki veya daha ziyade kimsenin bir ticaret hususunda iştirâk etmeleridir, bir vechile ki bunlardan biri diğerinin izni olmadıkça tasarrufda bulunamayacaktır, sanki her biri, diğerinin inananı = Dizginini elinde tutmuş, onun hareketini kendisi tanzim etmekte bulunmuşdur. Binaenaleyh birisi diğerinin izni olmaksızın tasarrufda bulunsa izni olmayan şerik bunu red edebilir.

Şâyed şeriklerden birinin mutlak surette tasarrufu salâhiyyeti olup diğerlerinin olmamak üzere iştiratda bulunsalar bu, fâsid olur. Zâhir olan budur. Bunun tasarrufu mukayyed olan şerik hakkında şirketi inan, tasarrufu mutlak bulunan şerik hakkında da şirketi müfaveze olacağına kail olanlar da vardır.

(6) Şirketi amel, iki veya daha ziyade sanat ehlinin birlikde amel

edib amellerinin ücretini amelleri nisbetinde iktisam etmek üzere akdî şirkette bulunmalarıdır. Şu şart ile ki, sanatları terzilik, dokumacılık, demircilik veya marangozluk gibi müttehid bulunsun.

Binaenaleyh terzi ile demircinin veya marangoz ile dokumacının iştirâkleri sahih değildir. Fakat iki saniden birinin sanatı diğerinin sanatına mütevakkıf bulunursa bunların iştirâki sahihtir. Dezine dalıp inci çıkaracak kimsenin onu bindirib onun için imsâk edecek olan kayık sahibiyile iştirâki gibi. Kezalik: İki kimsenin kırları, madenleri, kuyuları veya nehirleri kazımak, bina yapmak, tuğla, kiremit işleriyle uğraşmak, dağlardan taşları kesib çıkarmak için şirket akd etmeleri caizdir. Şu şart ile ki, her ikisi de bir mevzide çalışmalarına devam etsinler. Çünkü böyle el işleri hakkında müşarîk olanların başka başka mevzilerde çalışmaları caiz değildir. Bu şirkete «Şirket-i eb'dan» da denilmiştir.

(7) Şirketi vücuh, vecahet, şöhret ve şân sahibi olan bir zatın vecahetden mahrum, şöhretsiz, meşhul bir şahs ile ittifak edib bu şahsa aid ticaret mallarını satmayı deruhde ederek mukabilinde kârdan bir hisse almasından ibaretdir.

Bu şirket de Maliki'lerce memnudur. Çünkü o zatın vecaheti, nası kendisine itimada ve kendisinden iştiraya sevk eder, bu suretle nas tağir edilmiş olabilir. Şâyed böyle bir şirket muamelesi fiilen vuku bulmuş olursa o vecih olan zat, yalnız ecir misline müstahik olur. Bu vecihden o malı satın alan da dilerse onu bu vecihe red ve dilerse semeniyle imsâk eyler.

(8) Şirketi cebir, bir meta' hakkında ticaretde bulunmayı itina etmiş olan bir tacirin huzurunda o metayı ticaret maksadıyla istira eden kimseye o tacirin cebren iştirâk edebilmesidir. Bu babda bir örf vardır. Maamafih bu hususda üçü metaa, üçü de onu satın alan kimseye aid olmak üzere altı şart vardır. Şöyle ki:

(1) Meta, satılışı âdeten olan bir çarşıda satın alınmalıdır.

(2) Bu meta, mücerred ticaret için alınmalıdır. Hane eşyası veya saklanılmak için alınırsa bunda başkasının hakkı olamaz.

(3) Bu ticaret, satın alındığı beldede olmalıdır. O meta, onunla başka yere sefer edilmek üzere alınırsa onda şirkete icbar edilemez.

(4) Tacir, metanın iştirası zamanında çarşıda hazır bulunmalıdır.

(5) Tacir, bu satılan metanın tacirlerinden bulunmalıdır.

(6) Tacir, iştirâ zamanında bir sey söylememiş olmalıdır.

Maamafih müşteri «Ben bu malı nefsim için alıyorum, başkasıyla ortak olmayı istemem, her kim fiyatını artırıp almak isterse alsın.» dese iştirâke mecbur edilemez.

(9) Şirketi müfaveze, iki veya daha ziyade kimsenin vaz ettikleri

mallar ile ticaretde bulunmak hususunda ortak olmalarıdır. Şu vechile ki: Her birinin kendi re'sül'mâli miktarınca kârdan bilâ tefavüt hissesi olacaktır. Ve şeriklerden her biri diğerine mutlak suretde tasarruf hürriyeti verecektir. Ve her biri diğerinin gerek huzurunda ve gerek gıyabında dilediği gibi alış verişte, icar ve isticarda bulunacaktır.

Bu şirket, muhtelif neviler hakkında akd edileceği gibi bir nevi eşya hakkında da akd edilebilir. Fakat bazı zevata göre eşyanın neveleri taaddüd etmeyince bu, müfaveze değil, şirketi inan olmuş olur.

İmam Malik Hazretlerinin «Müfaveze nedir, bilmem.» dediği ve bu cihetle bunun cevazına kâil olmadığı rivayet olunmaktadır.

(10) Şirketi müzarebe, bu bir akdi tevkildir ki: Sermaye sahibinin bir şahsa ticaret edib kârını aralarında müşaen iktisam etmek üzere mikdarı malûm veya örfen nakid yerinde carî bir mal vermesinden ibarettir.!

Nakid yerine ticaret malı veya hayvanveya hububat verilirse müzarebe fâsid olur. Bu halde kârın hepsi de sermaye sahibine aid olur, nitekim zarar da ona aiddir. Amil olan şahıs ise sermaye kâr temin etmiş olsun olmasın eciri misline müstahik olur. Bununla beraber eğer kâr mevcud ise bu şahıs, bir sermaye misilli bir nakdin âdete nazaran temin edeceği kârından, müzarebe-i sahihe takdirinde alacağı mikdar nisbetinde bir hisseye de müstahik olur.

Müzarebe malı, âmil elinde gayrı mazmundur. Binaenaleyh bilâ tefrit, kendi kendine telef olursa zamanı lâzım gelmez.

MALİK'LERE GÖRE MÜZAREBEDE REBBÜL'MAL İLE ÂMİLİN HAİZ OLDUKLARI HAKLAR :

Müzarebede rebbül'mâle aid haklar, şunlardır :

(1) Rebbül'mâl âmilin deniz seferinde bulunmasını veya geceleyin sefere çıkmamasını şart koşabilir. Bu şarta ademi riâyet, âmilin aleyhinde zamanı mucibdir. Meğer ki sefere çıkmasında zaruret görülsün, ve geceleyin bir kafilde halinde sefere çıkılsın, bu halde zaman lâzım gelmez.

Bir de denize çıkılıp veya geceleyin sefer edilip de mal yağma edilse veya denizde garık olsa tazmini lâzım gelmez. Fakat yağ isabet etmekle veya karanlıkda bir ağaca çarpmakla ticaret malı telef olsa zaman lâzım gelir.

Kezalik : Telef, muhalefet zamanında vuku bulmalıdır ki, zamanı mucib olsun. Deniz seferinden veya geceleyin müsaferetten sonra mal telef olsa zamanı lâzım gelmez.

(2) Rebbül'mâl, muayyen bir metain - Kârı az olduğundan veya za-

rar edeceğinden dolayı — satın alınmamasını âmil üzerine şart koşabilir. Âmil, buna muhalefet ederse malı zâmin olur.

(3) Rebbül'mâl, âmili daha ticaret maliyle iştiğâle başlamamış olduğu bir halde o mal ile sefere çıkmadan menedebilir. Binaenaleyh âmil, sefere çıkar da mal zayi olursa bunu tazmin etmesi lâzım gelir.

(4) Rebbül'mâl, müzarebe malından bir şeyi değer fiatıyla nasın aldığı gibi satın alabilir. Fakat bundan noksan bir fiatle satın alsa sahîh olmaz, bunda âmil için zarar vardır.

(5) Rebbül'mâl, müzarebe malına başkasını ortak etmekden âmili menedebilir. Binaenaleyh âmil, bilâ izin böyle bir harekde bulunub da mal zayi olsa bunu zâmin olur.

(6) Rebbül'mâl, ticaret malını veresiye satmaktan veya re'sül'mâlde başkasıyla müzarebe akd etmekden âmili menedebilir. Âmil, rebbül'mâlin izni olmaksızın böyle bir muamelede bulunsu müzarebe, fâsid, âmil de ecri misline müştahik olur.

(7) Rebbül'mâl, mali müzarebeyi değersiz, nâbemehal bir yere ekin ekmek, ağaç dikmek için sarf etmekden âmili menedebilir. Âmil, muhalefet ederek böyle bir tasarrufda bulunursa akd, fâsid olur. Ekinler yağma edilse, çalınsa âmil üzerine zaman lâzım gelir.

(8) Rebbül'mâl, kendi maliyle iştigaline mani olacağı takdirde başkasının malını da müzarebe için almakdan âmili menedebilir.

MÜZAREBEDE ÂMİLİN DE ŞU GİBİ HAKLARI VARDIR :

(1) Âmil, bir vakt ile mukayyed olmaksızın ameli ticaretde bulunur. Binaenaleyh rebbül'mâl, bu amel zamanını tevkit etse müzarebe fâsid olur.

(2) Âmil, çarşıda ve pazarda müstemirren mevcut olan şeyleri satın alabilir. Binaenaleyh rebbül'mâl, bazen bulunur, bazen bulunmaz bir şeyin alınmasını şart koşsa müzarebe fâsid olur.

(3) Âmil, ticaret malını peşin para ile satın alıp peşin para ile satar. rebbül'mâl, veresiye satmasını şart koşamaz. koşarsa akd-i müzarebe fâsid olur. Âmil, müzarebe için müeccel semen ile bir meta satın alamaz, vevlki rebbül'mâl izin versin. Şâyed satın alırsa semenini zâmin olur, aldığı malın kârı da, zararı da kendisine teveccüh eder.

(4) Âmil, müzarebe malı ile ticaret eşyasını satın alıp satar, rebbül'mâl, buna karışamaz. Rebbül'mâl, âmilin izni olmaksızın satacak olsa nafiz olmaz, âmil bunu red edebilir.

(5) Âmil, şirket sermayesini zâmin olmamak üzere ahz ve kabz eder. Rebbül'mâl, sermayenin bilâ tefrit helâki takdirinde âmilin zâmin olacağı şart etse akd, fâsid olur. Fakat âmilin ihmâl ve taaddisi halinde zayı olacak sermayenin tazmini için âmilden kefil alınması, akde zarar vermez.

Bu beş hakka muhalefet takdirinde akd, fâsid olacağından âmil, yalnız kraz-i misle, yani: Kâr mevcut ise ondan hisse-i misliyyesine müstahik olur.

(6) Âmil, amelde münferid bulunur. Rebbül'mâlin bu amele vazı yedi meşrut olursa, akd, fâsid olur, âmil ecri mislini alır.

(7) Âmil, ticaret muktezasından olmayan bir amel ile mükellef tutulamaz. Aksi takdirde akd, fâsid olur. Ticaret kumaşını elbise dikib satmayı şart koşturmak gibi. Müzarebe maliyle ekin ekilmesini şart koşturmak da böyledir. Çünkü ekin ekmek, ticaretten başkadır.

(8) Âmil ile başkası müzarebe malında müsarik olmaz. Mal sahibi böyle bir şart dermeyan ederse müzarebe fâsid olur.

(9) Âmil, müzarebe malını kendi maliyle karışdırmaya mecbur değildir. Rebbül'mâl, bunu şart koştur kad, fâsid olur.

(10) Âmil, ticaret malını dilediği yerde ve zamanda satabilir. Rebbül'mâl, «Filân beldeye varınca» veya «Filân zamanda» satılmasını şart etse akd, fâsid olur.

(11) Âmil, ticaret malını dilediği kimselere satabilir. Rebbül'mâl, muayyen bir şahsa satmasını veya ondan almasını şart etse akd, fâsid olur.

(12) Âmil, rebbül'mâl ile müşavere etmeksizin tasarrufta bulunabilir. Bu müşavere şart edilse akd-i müzarebe fâsid olur.

Bu son yedi hakka muhalefet halinde, âmil, kâr veya zarar olsun olması lâzım geldiği halde onlardan böyle bir şey işidilmezse veya o mal,

Malikî'lere göre şeriklerden biri, şirket malının afeti semaviyye veya ticaretteki hasar ile telef olduğunu iddia ettiği halde diğer şerik bunu inkâr ederek telef ve hasar vâki olmayıp o malın saklandığını dermeyan eylese bakılır : Eğer telef ve hasar iddiasında bulunan şerikin kizbine karineler kaim bulunursa, meselâ: Telef hususuna bir cemaatin muttali olmasını ecri misline müstahik olur.

daima râic, râih bulunursa ve yahul böyle bir karine mevcut olmazsa bu hallerin hepsinde de söz, münkirindir. Müddeinin kizbine karineler kaim olunca malı zâmin olur. Karain kaim olmayınca, yani: Ne beyyine ve nede delil bulunmayınca telef ve hasar vukuuna dair müddei tahlif olunur. (Elmüdevvenetül'kübra, Şerh-i Kebîr, Elfâkh filmezahibil'erbaa).

ŞAFİİLERE GÖRE ŞİRKETLER :

(Şafiî'lere göre şirketi mülkden başka caiz olan yalnız şirketi inan ile şirketi müzarebedir, diğer şirketler bâtıldır. Meselâ: Şirketi müfaveze caiz değildir. Kıyas müktezası da budur. Çünkü bu şirket meçhûlülcins şeyler hakkında vekâleti, kefaleti mütazammındır. Bunlar ise alelînfirad caiz değildir, binaenaleyh indeliçtime da evleviyyetle caiz olamaz.

Eimme-i Hanefiyyeye göre müfavezenin cevazi istihsan tarikiyle kabul edilmiştir. Bu cevaz, (فَاَوْضُوا مَا لَمْ يَعْظُم رُكْنًا) hadis-i şerifile sâbitdir, yani şirketi müfavezede bulununuz, çünkü onun bereketi pek çoktur. (Hidaye).

Şafiî'lerce şirketi inanın sıhhati için şu gibi şartlar vardır:

(1) Akdi sirketde kullanılan lâfz, şeriklerden birinin veya her ikisinin tasarrufda bulunmasına izni müfid olmalıdır. Meselâ: her biri, şerikine hitaben: «Bu malı şirket kıldık, bununla alâsebilitticare alış verişde bulunmak için tasarrufa izin verdim.» demelidir. Diğer de «Kabul etdim.» diye mukabelede bulunmalıdır.

(2) Şerikler; reşid, bâliğ, hür, gayrı mükreh olmalıdır.

Binaenaleyh sefih ile, mecnun ile, çocuk ile, mezun olmayan rakik ile mükreh ile akdi şirket, sahih değildir.

(3) Re'sül'mâl, nükuddan veya sair misilliyyatdan olmalıdır. Ticaret uruzu = Eşyası ise sermaye olamaz. Meğer ki bu uruza bitarikişşuyu bey' en temellük etsinler.

(4) Şeriklerin sermaye olan malları, kablelakd birbirinden ayrılmayacak surette karışdırılmış bulunmalıdır. Bir kavle göre akdi şirketden sonra birbirine karışdırıldığı takdirde de şirket, sahih olur. Diğer bir kavle göre ise sahih olmaz. Bu halde şeriklerin akdi şirketi iade etmeleri lâzımdır.

(5) Şeriklerin sermayeleri müttehid olmalıdır. Birinin koyduğu sermaye altın, diğerinin ki gümüş olsa akd, sahih olmaz. Fakat re'sül'mâlde ve amelde tesavi şart değildir. Birinin re'sül'mâli, diğerinin re'sül'mâlin-den az olabilir, ameldeki ziyadelik ise teberru sayılır. Binaenaleyh kâr da, hasar da sermayelerin mikdarına göre taksim olunur.

Meselâ: Birinin sermayesi bin, diğerinin sermayesi de beş yüz lira olsa biri kârın üçde ikisini, diğeri de üçde birini alır. Bundan ziyade veya noksan meşrut olsa akd, fâsid olur, her biri kendi sermayesindeki amelinin ecri misline müstahik olur.)

SERİKLERİN TİCARET MALINDA VE SAİREDE TASARRUFLARI :

(Şafiî'lere göre şeriklerin tasarrufları hususunda şu gibi ahkâm ca-
ridir :

(1) Seriklerden her birinin ticaret malında tasarrufları, maslahatla mukayyedir, şöyleki: Seriklerden her biri, ticaret malında maslahata uy-
gun suretde tasarrufda bulunabilir. Diğer şeriklere müzir olacak suretde
tasarrufda bulunamaz.

Meselâ: Seriklerden hiç biri, ticaret malını veresiye veya beldesinde
tedavül etmeyen bir nakd ile veya kendi beldesindeki nakidden kıymeti
düşkün bir nakd ile satamaz. Çünkü bunda diğer şeriklerin maslahatına
zarar vardır. Satarsa şeriklerinin hisselerinde beyi-muamelesi' sahih ol-
maz. Bunu müsteriye teslim etmiş olunca zâmin olur. Kendi hissesi hak-
kında ise beyi muamelesi, bir kavle göre sahih olur, diğer bir kavle göre
sahihi olmaz.

(2) Seriklerden biri, ticaret malını âdete nazaran nas arasında vâki
olmayacak bir gabni kesir ile satamaz. Ve diğer şerikler izin vermedikçe
ticaret maliyle bir zarûret olmaksızın müsaferetde bulunamaz. İzin ver-
medikleri takdirde o malı zâmin bulunur.

(3) Seriklerden biri, elindeki ticaret malını bir şahsa satmak için o
şahs ile ittifak ettiği halde o malı semeni mislinden daha fazla bir bedel
ile alan zuhur etse şeriklerinin maslahatına riayet için o ittifakı bozması
icab eder.

(4) Seriklerden biri, ticaret malını şartı hiyar ile satdığı halde daha
müddeti hiyar, bitmeden o malı fazla bir fiatle alan zuhur etse evvelki
akdi bey'i fesh etmesi teâyyün eder. Çünkü şeriklerinin menfaatleri bun-
dadır.

(5) Her şerik, şirketin malları hakkında emindir. Kâr ve zarar husu-
sunda, bu malların bir kısmını şerikine red ettiğini iddia hususunda sözü
tasdik olunur. Fakat ticaret malının telef olduğunu iddia etse bakılır: Eğer
bir sebep beyan etmeksizin veya sirkat gibi hafi bir sebep beyan ederek
iddiada bulunursa bilâ yemin tasdik olunur. Amma yangın gibi bir sebe-
bi zâhir iddia ederse yangının zuhuruna ve mal-i ticaretin bu yangın esna-
sında yandığına beyyine ikame etmedikçe sözü tasdik olunmaz. Yangının
zuhuru malum olduğu halde ticaret malının bu esnada yandığı malûm bu-
lunmazsa yeminiyle tasdik olunur.)

ŞAFİİ'LERE GÖRE ŞİRKETİ MÜZAREBE :

(Eimme-i Şafiiyyeye göre müzarebe, bir akddir ki: Bir kimsenin bir şahsa ticaret için — ribhden her birinin muayyen bir hissesi olmak üzere — mal vermesini iktiza eder. Buna «Kiraz» da denir.

Müzarebenin Şafii'lerce şu gibi şartları vardır:

(1) Sermaye sahibi ile âmilin tasarrufa ehl olmaları şartdır.

Binaenaleyh, çocukların, mecnunların, mükrehlerin, füzûlilerin müzarebe akdleri sahih değildir.

(2) Âmilin amelde müstakil, tasarrufda mün'ferid olması şartdır.

Binaenaleyh onunla beraber başkasının da çalışması şart edilse akd fâsid olur. Âmil, rebbül'mâlin izniyle re'sül'mâli başka bir şahsa müzarebeye verib kendisi çekilse bu akd, sahih olup kendisi mün'azil bulunur. Kezalik: Âmil, başkasiyle amelde ve kârda şeriki olmak üzere akdi müzarebede bulunsa râcih olan kavle göre bu akd, fâsid olup evvelki akd, sahih olarak kalır. İkinci müzarib, yalnızca amelde bulunsa kârın tamamını rebbül'mâl alıb bu ikinci müzarib de eciri misline müstahik olur. Birinci müzarib ise kârdan bir şey alamaz. Her ikisi de amelde bulunsa birinci müzarib, ameli nisbetinde kârdan hisse alır, bâkisi rebbül'mâl'e aid olur. İkinci müzarib de birinci müzaribden eciri mislini alabilir. İkinci müzarib, birincisine yalnız yardım maksadiyle çalışmış olursa bir şeye müstahik olmaz.

(3) Âmilin yapacağı işin alış veriş gibi ticaret umurundan olması şartdır.

Binaenaleyh sınaî işler üzerine yapılan müzarebe fâsiddir. Dokumacının pamuk alıb onunla bez dokuyarak satması gibi. Bu, bir mahdud ameldir. Bu, ecir vasitasiyle temin edilebilir.

(4) Âmilin amelinde hür olması şartdır.

Binaenaleyh rebbül'mâlin âmili tazyik etmesi sahih değildir. Muayyen bir metain alınmasını veya vücudu ender bulunan bir şeyin alınıb satılmasını veya muayyen bir şahısdan satın alınmasını ve yahud muayyen bir şahısdan başkasına satılmamasını şart koşturmak gibi. Bu halde akd fâsid olur. Fakat ticaretin cinsini veya nev'ini tâyin, zarar vermez. «İpekli kumaş veya Bursa kumaşı al sat.» denilmesi gibi.

(5) Amelin malûm bir müddet ile mevakkat olmaması şartdır.

Binaenaleyh bir sene müddetle müzarebe akd edilse fâsid olur. Çünkü böyle tevkîf, ticaret gayesine muhalifdir.

Fakat «Seninle müzarebede bulundum, bir seneden sonra bir şey satın alma.» denilse bu, sahih olur. Çünkü bu, müzarebeyi müddetle takyid değildir, belki bir seneden sonra satın almayı menidir.

(6) Ribhin âkidlere muhtes olması şartdır.

Binaenaleyh ribhden başkalarına bir hisse verilmesi meşrut olsa müzarebe fâsîd olur. Yalnız âkidlerin kölelerine bir hisse verilmesi meşrut olsa akde zarar vermez. Köleye meşrut olan bu hisse, efendisine verilmesi meşrut olan hisseye zam olunur.

(7) Kârdan âkidlere aid hisselerin nısıf, sülûs gibi bir cüz'i şâyi olarak muayyen olması şartdır. Âkidlerden birine kârdan muayyen mikdar bir şeyin verilmésini şart koşmak sahih değildir. Çünkü bundan ziyade kâr hâsıl olmaması melhuzdur. O halde diğer taraf kârdan mahrum kalmış olur.

(8) Müzarebede sermayenin muayyen altın veya gümüş sikke olması ve cinsiyle mikdarının malûm bulunması şartdır.

Binaenaleyh altın ve gümüş parçalarıyla veya ticaret eşyasiyle ve gayrı muayyen bir mal ile müzarebe akd edilmesi sahih değildir. (Tuh-fetûl'muhtaç, Mezahibî'erbâa).

HANBELİLERE GÖRE ŞİRKETLER :

Hanbelî fukahasına göre şirketler iki kısımdır. Biri şirketi maldır. Bu, iki veya daha ziyade kimsenin bir mala veya bir malın menfaatine irs, hibe veya iştirâ gibi bir sebeble müstahik olmalarından ibaretdir. Diğer de şirketi ukuddur ki, bu da iki veya daha ziyade kimsenin tasarrufda içtima etmeleridir ki, şirketi inan, şirketi eb'dan, şirketi vücuh, şirketi müfaveze ve şirketi müzarebe namıyla beş kısma ayrılır. Şöyle ki:

(1) Şirketi inan, iki veya daha ziyade kimsemin vaz' ettikleri malların tenmiyesine beraberce çalışıp husûle gelecek kârı aralarında şart koşdukları vechile taksim etmek üzere iştirâk etmeleridir.

Bunların böyle vaz ettikleri malları işlerinden birisi çalışıp tenmiye etmesi üzere iştirâk etmeleri de bu kabildendir. Şu kadar var ki bu takdirde bu çalışacak şerike vaz ettiği sermayeye aid kârdan fazla bir şey verilmesi lâzım gelir ki bu fazla, çalışmasına mukabil olsun. Şayed ona yalnız sermayesi mikdarınca kâr verilmesi şart kılınsa bu, bir ibza meselesi olarak sahih olmaz. Çünkü bu, başkasının malında ücretsiz yere çalışmaktır.

(2) Şirketi eb'dan, iki veya daha ziyade sanatkârın bedenleriyle çalışarak kazanacakları kârı aralarında şart ettikleri vechile taksim etmek üzere iştirâk etmeleridir. Bu da caizdir, sanatları gerek müttehid olsun ve gerek olmasın. İstiyad, ihtitab gibi mübahati temellük hususunda iştirâk de şirketi eb'dan sayılır.

(3) Şirketi vücuh, iki veya daha ziyade kimsemin itibarlarına itima-

den veresiye mal satın alıb satarak kârını aralarında şart koşmuş oldukları vechile yarı yarıya veya ikili birli nisbetinde taksim etmek üzere akdi şirketde bulunmalarıdır. Bu da sahîh bir şirkettir. Satın alacakları şeylerin cinslerini, mikdarlarını, kıymetlerini tâyin etmiş olsunlar olmasınlar müsavidir.

(4) Şirketi müfaveze, malları istismar hususunda iştirâkdir ki, şeriklerden her biri diğerini beyi ve şira, müzarebe hususlarına tevkil eder, ve her biri, diğerine bu mallar ile sefere çıkmak, bunları rehin vermek, bunların mukabilinde rehin almak, bunları veresiye satmak gibi hususları tefviz eyler. Ancak lukata bulmak, hazine keşfetmek gibi nadir kazançları bu şirkete idhâl etmeleri sahîh olmaz.

(5) Sirketi müzarebe, bir kimsenin bir şahsa ticaret edib kârı aralarında müşâen taksim edilmek üzere muayyen bir mikdar madrub nükud vermesidir. Başkasının yanında vedia olan böyle bir mal da müzarebe için tahsis edilebilir.

Müzarebenin hükmü, ahvalin ihtilâfına göre tebeddül eder. Şöyle ki: Müzarebe, evvel emirde emanettir, vekâletdir. Çünkü âmil, rebbül'mâlin izniyle malında vekâleten tasarrufda bulunmuş olur. Bu halde mal elinde emanet bulunur. Kâr hâsıl olunca da akdi müzarebe, bir şirket haline gelir, zira iki taraf bu kârda müşterek bulunur. Müzarebe fâsîd olunca da icareye münkalıb olur. Çünkü âmil bu halde ecir mislini alır. Âmil, rebbül'mâlin emrine muhâlefet edince de gâsıb hükmünde bulunur. Bu halde rebbül'mâle hem re'sül'mâli, hem de kârı red eder, kendisi amelinden dolayı bir şeye müstahik olmaz. Çünkü gâsıbın hükmü böyledir.

HANBELÎLERE GÖRE MÜZAREBENİN RÜKNÜ VE MÜZARİBİN HAİZ OLDUĞU HAKLAR :

Müzarebenin rüknü, müzarebeyi müş'ir olacak vechile icab ve kabuldür. Müzarebe, kiraz, muamele ve emsali tâbirler ile de yapılabilir. Bunda teâtî de kâfidir. Şöyle ki: Âmil, kabul ettim demeksizin sermayeyi alıb amele başlasa müzarebe sahîh olmuş olur.

Müzaribin haiz olduğu haklara gelince: Müzarib, ticaret malını mura-baha, müsaveme gibi muhtelif satış şekilleriyle alıb satabilir, bu mal hakkında iyda, terhin, irtihan, havale gibi muamelelerde bulunabilir. Bu mal ile yol emin olunca sefere çıkabilir. Bu ticaret malını veresiye satabilir, zayi olunca zâmin olmaz. Meğer ki mevsuk olmayan veya kendisince mechul bulunan bir şahsa satmış olsun.

Âmil, müzarebe malını müzarebe için başkasına verse bakılır: Eğer rebbül'mâlin izni ile vermiş ise sahîh olur, ve eğer izni olmaksızın ver-

miş ise fâsîd olur. Malikîlerce de böyledir.

Müzarib, müzarebe malını başkasına ikraz edemez, bu malı kendi malına veya başkasının malına karıştıramaz, bu mala başkasını müşarık kılamaz.

Müzarebede re'sül'mâle hasar âriz olsa, meselâ: Çalınsa veya bir âfeti semaviyye ile telef olsa bu hasar kârdan telâfi edilir. Bundan sonra bir şey kalırsa taksim olunur. Malikî'lerce de böyledir.

HANBELÎLERE GÖRE MÜZAREBENİN SİHHATİ İÇİN ŞU GİBİ ŞARTLAR VARDIR :

Müzarebede re'sül'mâl, malûm olmalıdır.

Binaenaleyh bir keşe içindeki bir mikdar gayrı malûm bir para sermaye ittihaz edilse müzarebe sahih olmaz. Çünkü bu meçhuliyetden dolayı kâr da nizaa müeddi olur.

(2) Re'sül'mâl hazır olmalıdır. Binaenaleyh gaib veya zimmetde sâbit olan bir mal, sermaye olamaz. Fakat mal sahibi, âmile hitaben: «Filânda veya sende olan alacağımı al, onunla müzarebede bulun.» derse sahih olur. Çünkü bu halde müzarebe malın kabzına talik edilmiş olur. Müzarebeyi tâlik ise sahihdir.

(3) Re'sül'mâl, hükümet tarafından mazrub, mehtum altın veya gümüş para olmalıdır. Binaenaleyh altın veya gümüş parçaları, ticaret eşyası ve fülûs denilen bakır paralar ve emsâli müzarebede sermaye olamaz. VeleVKi fülûs paralar râyiç bulunsun.

(4) Amilin kârdan hissesi nısıf, sülûs gibi şâyi bir suretde tâyin edilmelidir. Bu vechile tâyin edilmezse müzarebe fâsîd olur, âmil eciri mislini alır.

Ribhin tamamen rebbül'mâle aid olması şart edilirse bu, bir ibza = Bilâ ücret tevkil olur.

Ribhin tamamı âmile tahsisi edilirse bu da bir karz olur, kârı tamamen âmil alır, hasar suretinde de âmil zâmin olur, velev ki rebbül'mâl, âmile zaman lâzım gelmeyeceğini dermeyeran etmiş olsun, bu karzın muktezasıdır.

HANBELÎLERE GÖRE ŞİRKETLERDE DERMEYAN EDİLEN ŞARTLAR :

Şirketlerde dermeyeran edilen şartlar şöylece üç kısımdır:

(1) Sahih şartlardır. Bunlar üzerine bir zarar terettib etmez ve akd bunlara mütevakkıf bulunmaz. Ticaret malını şu kadar semen ile satma-

yı, filân mekânda ticaret etmeyi, ticaret malıle seferde bulunmamayı ve emsâlini şart koşturmak gibi ki, hepsi de sahihtir, bunlarda zarar yoktur.

Meselâ: Müzarebenin bir müddetle takyidi muteberdir. Bu müddet-den sonra artık alış veriş yapılamaz.

(2) Fâsid şartlar. Bunları akdi şirket iktiza etmez. Şirketi meselâ: Bir sene müddetle fesh etmemeyi yalnız re'sül'mâl ile satmayı, satın alınan malı satana satmamayı şart koşturmak gibi ki, bu şartlar üzerine akdin feshi terettüb etmez, bu şartlar ile amel de olunamaz.

Kezalik : Müzarebe hususunda böyle bazı şartlar vardır ki lâgvdur, müzarebenin sıhhatine mani olmaz. Re'sül'mâldeki zararın âmile aid olması, âmilin yalnız muayyen kimselerden alış veriş etmesi, müzarebeyi iki tarafın bir müddet için fesh edememesi gibi şartlar bu kabildendir.

Meselâ: Sermayenin ziyâ halinde zamanı âmil üzerine şart edilmesi nafiz olamaz. Çünkü bu, müzarebenin mahiyetine münafidir. Emin, zâmin olamaz. Meğer ki taaddide bulunsun.

(3) Üzerlerine akdin sıhhati terettüb eden şartlardır. Bunlarda şeriklerin şirkete ehliyetleri, şeriklerin sermayelerinin ve kârdan hisselerinin malûm olması, bu sermayelerin hazır ve hisselerinin müşâen muayyen bulunması gibi.

Yukarıda müzarebenin yazılmış olan şartları bu cümledendir.

Bir müzarebe, bu gibi şartlarının bulunmamasından dolayı fâsid olunca kârın tamamı ve hasarat sermaye sahibine aid olur, âmil de ecri misline müstahik olur. VeleVKi bu sermaye ile bir kâr temin edilmiş olmasının. (Keşşafülkına, Mezahibierbaa).

ZAHİRÎLERE GÖRE ŞİRKETLER :

(1) Zâhiriyye fukahasına göre şirket bir beyi' mahiyetindedir. Şeriklerden her biri, kendi malını kısmen diğerine satmış, bu suretle bu malda ortak olmuş olurlar.

Mücerred şirketi eb'dan, batıldır. Ne bir hizmetde, ne bir talim hususunda ve ne de bir el işinde şirket akdi caiz değildir. Çünkü herkesin kazancı kendisine aiddir. Ancak inkisamı kabil olmayan bir iş için isticar edilen kimseler, o işi birlikde görünce alacakları ücret, her birinin ameline göre aralarında taksim edilir. Bir duvarı birlikde yapmak, bir libası birlikde dikmek gibi.

(2) Şirket, ancak ayanı emvalde caizdir. Şöyle ki: Ticaret için şeriklerden biri bir mikdar mal, diğeri de o neviden bir mikdar mal koyarak bunları birbirinden temyiz edilemeyecek surette karıştırırlar, sonra bu mal ile satın alacakları şeyin kârı aralarında sermayeleri nisbetinde müş

terek olur. Zarar ettikleri takdirde onu da bu nisbetde tehammül ederler.

Fakat sermayelerini birbirine katmamış oldukları takdirde her birinin satın aldığı şeyin kârı da, zararı da kendisine aid olur. Böyle karıştırmadıkları takdirde mallara müşaen malik olamayacakları cihetle bunların kârları da, zararları da kendilerine müşaen aid olamaz.

(3) Şeriklerden birine malının miktarından ziyade olarak kârdan hisse verilmesi veya kendisine zarardan hisse çıkarılmaması veya içlerinden birinin çalışıp diğerlerinin çalışmaması şart edilirse helâl olmaz. Bu, bâtıldır, merduddur. Her şerik sermayesine göre kârdan hisse alır, çalışmaya iştirâk eder, zarara ortak olur.

Fakat böyle şart edilmeksizin birisi tetevvüan yalnız çalışsa veya şerikinden fazla amelde bulunsa bu caizdir.

Şâyed, bunlardan biri, beyan olunan şarta mebni çalışırsa kâr ve hasar itibariyle bu misillü amele aid ecri misle müstahik olur. Kendisinin tıyb-i nefsiyle olmayan amelinden başkalarının iğtinamı bir taaddidir. Müteaddi üzerine ise taaddisinin misli lâzım gelir.

(4) Şeriklerden biri meselâ: Altın para, diğeri ise gümüş para veya meta ve emsâli bir şeyi sermaye ittihaz etse caiz olmaz. Meğer ki bunları satarak sermayenin hepsini de altın veya gümüş para etsinler veya her biri diğerine kendi sermayesinin istenilen miktarını satarak bunda ortak olsunlar. Re'sül'mâl böyle aralarında kabili temyiz olmayacak surette mahlût bulunmazsa şirket caiz olmaz.

(5) Müslimin zimmî ile müşareketi caizdir. Şu kadar var ki, bir müslüman için alıp satması caiz olan şeyler neler ise zimmî de onları alıp satmalıdır, başka şeyler satması caiz olmaz.

Resûli Ekrem Hazretleri, ehli Hayber ile muamelede bulunmuş, onlar ile şirketi müzârea ve müsakât akd etmişdir.

(6) İki kimse arasında satmak üzere satın almış oldukları eşya bulunduğu halde bunlardan biri satmaktan imtina etse, diğeri bunu satmaya cebr edebilir. Çünkü bunun üzerine akdi şirketde bulunmuşlardır. Fakat satmak için alınmamış olursa bu cebr carî olmaz.

(7) İki kimse arasında müşterek arazi bulunduğu halde biri bunun imarını istemese bu imara cebr olunamaz. Belki o arazi aralarında taksim olunur, dileyen kendi hissesini imar eder.

Fakat iki kimse arasında bir hane veya bir değirmen veya kabili kismet olmayan başka bir şey bulunsa bunu ıslaha cebr olunur. Çünkü Resûli Ekrem, sallallâhü taâlâ aleyhi vesellem efendimiz, izâa-i emvali dehiy buyurmuşlardır. (Kitabül'muhallâ).

(İ K İ N C İ B Ö L Ü M)

MÜZAREA İLE MÜSAKATA DAİRDİR

İÇİNDEKİLER : MÜZAREANIN MAHİYETİ, RÜKNÜ, HÜKMÜ VE SIFATI. MÜZAREANIN SIHHATİNE AİD ŞARTLAR. MÜZAREADAN AKİDLERİN SURETİ İSTİFADELERİ. MÜZAREANIN İNFİSAHINA SEBEB OLAN ŞEYLER.

MÜSAKATIN MAHİYETİ. MÜSAKATIN ESBABI İNFİSAHI. MEZAHİ-Bİ SAİREYE AİD MESELELER.

MÜZAREANIN MAHİYETİ, RÜKNÜ, HÜKMÜ VE SIFATI :

230 — : Müzarea bir nevi şirketdir ki, bir taraftan arazi verilir, diğer taraftan da amel, yani: Ziraat yapılır. Hâsılatı aralarında nısıf, veya sülüs, sülüsân gibi birer cüz'ü şâyi suretiyle taksim olunur.

Müzareanın meşrûiyyeti, sünneti nebeviyye ile sâbitdir. Resûli Ekrem Efendimiz, Hayber ahaliyle mahsulâtın yarısı üzerine müzareada bulunmuşlardı. Buna nasın ihtiyacı vardır. İmameynin kavli böyledir. Müftâbih olan da budur. Binaenaleyh bunlar ukudu sahihedendir. Fakat İmamı Azama göre ukudi sahiheden değildir. Arazi sahipleri dilerse âmili bir bedel mukabilinde isticar edebilir. Bir rivayete göre Resûli Ekrem Hazretleri müzareadan nehiy ve müvacere ile emr etmiş, bu müvacerede beis yoktur buyurmuştur. (Elmuhallâ, Mülteka).

231 — : Müzareanın mahiyeti, dört rüknün vücudiyle tahakkuk eder. Bunlar da araziden, tohum ile amelden ve ziraatde kullanılacak hayvanatdan ibaretdir. Bu rüknler dairesinde yapılacak bir müzareada yedi suret mütasavverdir. Şöyle ki:

(1) Arazi ile tohum bir taraftan, amel ile hayvanat da diğer taraftan olur. Bu müzarea sahihtir. Çünkü bunda amel üzerine isticar yapılmış olur. Hayvan ise âmilin âletidir.

(2) Arazi ile tohum ve hayvan bir taraftan, amel de diğer taraftan olur. Bu da sahihtir. Arazi sahibi kendi âletiyle iş görmek üzere âmili isticar etmiş olur.

(3) Arazi bir taraftan, amel ile tohum, hayvan da diğer taraftan olur.

Bu da sahihdir. Çünkü bu takdirde tohum sahibi, mahsulâtdan malûm bir cüz'ü mukabilinde araziyi isticar etmiş olur.

Müzareada amelden maksad, ekinlere aid işlerdir. Tohumu tarlaya nakl ile ekmek, araziyi suvarmak, mezruatı muhafaza etmek, ekinleri biçmek, harman etmek gibi.

Bir kimse, ekmiş olduğu tarlasını daha mezruat kemale ermeden su vermek, muhafaza etmek gibi amellere muhtac olursa bunu müzarea yoluyla başkasına verebilir, bu caizdir.

(4) Arazi ile hayvan bir taraftan, amel ile tohum da diğer taraftan olur. Bu müzarea, fâsiddir.

(5) Arazi ile amel bir taraftan, tohum ile hayvan da diğer taraftan olur. Bu da fâsiddir.

(6) Arazi ile tohum ve amel bir taraftan, hayvan da diğer taraftan olur. Bu da fâsiddir.

(7) Arazi ile amel ve hayvan bir taraftan, tohum da diğer taraftan olur. Bu da fâsiddir. Çünkü bu son dört surette sahih bir isticar mahiyeti yoktur. (Dürrümuhtar, Reddimuhtar).

232 — : Akdi müzareanın rüknü ise icab ve kabuldür. Şöyle ki: Arazî sahibi, âmile — Yani çiftçiye hitaben: «Bu yeri hasılatından şu kadar hisse almak üzere sana müzarea vecchile verdim.» deyip âmil de «Kabul etdim.» veya «Kazi oldum.» dese, yahud rizasına delâlet eder bir söz söylese aralarında müzarea mün'akid olur.

Kezalik: Evvelâ çiftçi, yer sahibine «Ben senin arazinde müzarea vecchile amel edeyim.» deyib sonra da yer sahibi buna razi olsa yine müzarea mün'akid olur. (Dürer).

233 — : Müzareanın hükmüne gelince bu da hâlen mülkü menfaat de, meâlen de, hasılat da, şirkettir.

Müzareanın sıfatı da âkidlerden tohum sahibi olmayan taraf hakkında akdi müzareanın ukudî lâzîmeden olmasıdır.

Binaenaleyh akdden sonra tohum sahibi olmayan taraf, tohum sahibinin rızası olmadıkça akdi müzareayı fesh edemez. Meğer ki bir özrü bulunsun.

Meselâ: Medyun olub da müzareaya verdiği arazisinden başka satarak borcunu ödeyecek malı bulunmazsa müzareayı fesh edebilir.

Tohum sahibi olan taraf hakkında ise tohum henüz ekilmemiş olunca akdi müzarea, gayrı lâzîmdir, bunu fesh edebilir. Çünkü tohumun telef olması ihtimâline mebni ekmeğe icbar edilemez. (Dürerülhukkâm).

MÜZAREANIN SİHHATİNE AİD ŞARTLAR :

234 — : Müzareanın sıhhati için sekiz şart vardır. Bu şartlardan biri bulunmazsa müzarea fâsid olur. Aşağıdaki meseleler bu şartları göstermektedir.

235 — : Müzareada âkidlerin ehliyeti, yani: Akil olmaları şartdır. Çünkü ekliyeti haiz olmayan kimselerin hiç bir akdi sahih değildir. Fakat âkidlerin balığ olmaları şart değildir. Binaenaleyh mezun olan âkil bir çocuk da akdi müzareada bulunabilir.

236 — : Müzareada bir sene, iki sene gibi ziraate kâfi bir müddetin zıkr ve tâyin edilmesi şartdır. Aksi takdirde müzarea abes yere yapılmış olur.

237 — : Müzareada tohum kimin tarafından verileceğinin beyanı olunması şartdır. Çünkü bunun meçhuliyeti nizaâ müeddi olur.

238 — : Müzareada ne ekileceğinin tâyini, yahud çiftci her ne dilerse ekmek üzere tamimi şartdır. Çünkü melhuz menfaat ve âmîle aid ücret, tohuma göre tebeddül eder. Ve bazı tohumlar yere zarar vereceğinden buna arazi sahibinin razı olması lâzım gelir. Amma tohum mikdarının malûm olması şart değildir. Zira tohumun mikdarı, arazinin bilinmesiyle malûm olur.

Bir de tohum yer sahibi tarafından verilirse bu müzareanın sıhhati için bunun cinsini beyan icab etmez. Çünkü bu halde müzarea, ekmeden evvel zaten malûm değildir, ektikten sonra ise ücret, — çiftçinin alacağı hasılat — malûm bulunmuş olur.

239 — : Müzareada âkidlerin mahsulât-dan hisselerinin cüz'ü şayi olarak tâyini şartdır. Şöyle ki: Tohum, arazi sahibine aid ise hini akdde çiftçinin hasılat-dan olmak üzere hissesinin nısıf, sülüs gibi bir cüz'ü şayı olarak tâyin edilmesi lâzımdır. Eğer hissesi böylece tâyin edilmezse ve yahud hasılat-dan başka bir şey verilmek üzere tâyin edilirse ve yahud hasılat-dan şu kadar kile diye kat'î suretde tâyin olunursa müzarea sahih olmaz. Çünkü bu vechile ücret tesmiyesi, müzarea mahiyetine münafidir. Bilâkis tohum sahibi çiftci olduğu takdirde de arazi sahibinin mahsulât-dan hissesinin bir cüz'i şayi suretiyle tâyin edilmesi icab eder. Böyle olmadıkca âkidlerin hisseleri, ücretleri sahih suretde tâyin edilmiş olamaz.

240 — : Müzareada arazinin ziraate elverişli olması şartdır. Çünkü maksud, bu halde husûle gelir. Arazi, corak veya taşlık olarak ziraate salih olmadığı takdirde ise müzarea fâsid olur.

241 — : Müzareada ekilecek arazinin çiftciye teslim edilmesi şartdır. Çünkü çiftçinin amelde bulunabilmesi bu teslim mütevakkıftır. Hattâ arazi sahibi ile âmilin birlikde amel etmeleri gibi teslimi ihlâl edecek bir şart bulunsa müzarea fâsîd olur.

242 — : Müzarea neticesinde hasılat meydana gelince bu hasılatda âkidlerin şirketi — Şerik sayılmaları şartdır. Çünkü müzarea ibdidaen icare, intihâen şirket mahiyetindedir. Binaenaleyh hasılatda şirketin kat'ına müeddi olan her şart, müzareayı ifsad eder. (Hindiyye, Dürer., Mecmaül'enhür).

MÜZAREADAN ÂKİDLERİN SURET-İ İSTİFADELERİ :

243 — : Sahih bir müzareada âkidler hâsılatı aralarında yapmış oldukları şarta göre taksim ederler. Münasefeten veya ikili birli taksim gibi. Hâsılat olmazsa çiftçi bir şey alamaz. Çünkü çiftçi, hâsılatdan bir mikdara bir şirket hasebiyle müstahik olur, hâsılat olmayınca şirket bulunmamış olur. (Reddimuhtar).

244 — : Müzareada hâsılat, çiftçinin elinde emanettir. Binaenaleyh bu hâsılat, onun sun'u olmaksızın telef olsa kençisine zaman lâzım gelmez. Müzarea velev ki fâsiden akd edilmiş olsun. Fakat onun sun'ıyla veya taksiriyle telef olursa arazi sahibinin hissesini zâmin olur.

Meselâ: Çiftçi, araziye su vermeği gayrı mü'tad bir suretde amden terk veya tehir etmekle mezruat kurursa bunların bu su vermeği terk ettiği gündeki nabiten kıymetini zâmin olur. Eğer bun'arın kıymeti yok ise o arazi bir kerre ekilmiş olduğu bir kerre de ekilmemiş bulunduğu hale kıymet takdir olunur. ikisinin arasındaki fazla farkı zâmin olur. (Dürri-muhtar).

245 — : Fâsîd bir müzareada hâsılat, kâmilten tohum sahibinin olur. Çünkü bunlar onun mülkünün nemasıdır. Arazi sahibi ise arazisinin ecri mislini alır. Çünkü tohum sahibi onun arazisinin menfaatlerini akdi fâsîd ile istifa etmiştir. Bu ecr-i misl, İmamı Azam ile İmam Ebû Yûsûf'e göre ecri müsemmayı tecavüz edemez. Arazi sahibi bu mikdara razı olmuştur. İmam Muhammed'e göre ise baliğan mâbelâğ ecri misl lâzım gelir. Zira fesâd halinde tesmiye lâğvıdır. (Mecmaül'enhür).

Ve eğer tohum sahibi, arazi sahibi olup da diğeri çiftçi ise bu çiftçi, ecri misl alır. Bu ecri, akd zamanında meşrut olan mikdarı tecavüz edemez. Bu mikdar tesmiye edilmemiş ise baliğan mâbelâğ ecr-i misl lâzım gelir. (Abdül'halim fetâvâsı.)

MÜZAREANIN İNFİSAHINA SEBEP OLAN ŞEYLER :

246 — : Müzarea, beş sebebeden biri vücuda gelince münfesihi olur.

Şöyle ki:

(1) Müzarea, âkidlerden birinin vefatı halinde bâtil ve münfesihi olur.

Çünkü müzarea, icare mahiyetindedir. İcare ise mal sahibiyle müstecirden birinin vefatıyla bâtil olur.

(2) Müzarea, tohum sahibinin özürsüz yere de olsa daha tohum saçılmadan fesh etmesiyle münfesihi olur.

(3) Müzarea, bazı azare mebnî fesh edildikde münfesihi olur.

Meselâ: Yer sahibinin borcu zuhur edib bu yerin satılmasına lüzum görüldükde bakılır: Eğer daha ekilmemiş ise müzara fesh olunarak yer satılır. Ve eğer ekilmiş de henüz bitmemiş ise yine müzarea fesh edilebilir. Maamafih bu suretteki feshden dolayı bazı fukahaya göre rizaya veya kazaya ihtiyaç vardır. Fesh takdirinde tohum, çiftcinin olunca İmam Ebû Yûsûf'e göre yer sahibi bu tohumu zâmin olur. İmam Muhammed'e göre ise bir kerre ekilmiş, bir kerre de ekilmemiş olarak takvîm edilir, tohumun vücuda getirdiği ziyade miktarı zâmin olur.

Fakat tohum, tenebbüt etmiş olursa artık müzarea fesh edilerek yer hemen satılamaz. Çünkü buna müzariin hakkı taallûk etmiştir. Meğer ki kendisi buna icazet versin. (Dürrümuhtar).

(4) Çiftci hastalansa veya sefere gitmek istese veya başka bir sanata girmek arzusunda bulunsan müzareayı fesh edebilir. (Dürrümuhtar).

(5) Çiftci hain olup hâsılatı çalmasından korkulursa diğer taraf müzareayı fesh edebilir ve onun feshiyle müzarea münfesihi olur. (Reddimuhtar).

MÜSAKATIN MAHİYETİ :

247 — : Müsakat, bir taraftan escar, yani: Bir seneden ziyade yerde kalan nebatat, diğer taraftan da islâh ve tenmiye olmak ve bunlardan maksud olan meyva, yaprak veya saire aralarında bir nisbet dahilinde taksim edilmek üzere yapılan bir nevi şirkettir.

Binaenaleyh müsakat, müsmîr olsunlar olmasınlar ağaçlar hakkında yapılabileceği gibi asmalar, yoncalar gibi bir seneden ziyade devam eden nebatat hakkında da yapılabilir.

248 — : Müsakatda şurût, hükm. ve fukahayı kiramın ihtilâfı bakımından müzarea gibidir. Şöyle ki: Müzareada aranan şartlar, meselâ: Âkidlerin âkil olmaları müsakatda da aranır. Ancak müsakatda müddeti

tâyin şart değildir. Müsakat, müddet tâyin edilmeksizin de sahih olur. Çünkü meyvaların ve emsâlinin yetişmeleri için malûm vakitler vardır. Ekinler ise böyle değildir.

Müsakat, imameyne ve Eimme-i Selâseye göre sahihdir, müftabih olan da budur. Fakat İmamı Azam'a göre bâtıldır. (Mecmaül'enhür).

249 — : Sahih bir müsakatda âkidler, aralarında şart ettikleri vechle meyvaları ve saireyi taksim ederler. Fâsid bir müsakatda ise hâsıl olan meyva ve saire tamamen ağaçların sahibine aid olur, âmil de ecir misil alır. Meselâ: Akdi müsakatda meyvaların husûle geleceği bir zaman tesmiye edildiği halde meyvaların husûlü bu müddetden tehhür etse aka fâsid olmuş olur. Çünkü bu halde tesmiye edilen müddetde hata edildiği- tebeyyün eder, artık âmil, ecir misline müstahik olur. (Mecmaül'enhür).

250 — : Müsakat, her iki taraf hakkında da lâzım bir akddir. Bir müsakat ancak şu altı sebebden biriyle münfesihi olur:

(1 - 2) Akidlerden birinin vefatı, (3) Müsakat müddetinin nihayet bulması, (4) Ağaçların bilistihkak zabt edilmesi, (5) Müsakatı bir özüre mebnî iki taraftan birinin fesh etmesi, (6) Müsakat hakkında iki tarafın ikaleda bulunması.

Şu kadar var ki, meyvaları daha ham iken ağaçların sahibi vefat etse meyvalar yetişinceye kadar müsakat bâkî kalıb âmil işine devam eder, müteveffanın vârisleri ona mâni olamazlar. Çünkü aksi takdirde âmil, izrar edilmiş olur.

Bilâkis, âmil vefat etse yine müsakat istihsanen devam eder, vârisi onun makamına kâim olur, dilerse meyvalar yetişinceye kadar işine devam eder, ağaçların sahibi ona mâni olamaz. Zira bunda iki tarafın menfaati vardır.

251 — : Müsakat akdinden sonra meyvalar daha ham iken ağaçların sahibi vefat etmekle âmil, zararını iltizam ederek işine devam etmek istemese vârisler muhayyer olurlar. Şöyle ki: Dilerlerse âmil ile bilittifak ham meyvaları meşrut vechile aralarında iktisam ederler. Ve dilerlerse ham meyvalardan âmilin hissesinin kıymetini vererek meyvaların tamamını kendileri alırlar. Ve dilerlerse meyvalar yetişinceye kadar hâkimin izniyle masraf ederek sonra tamamıyla âmile müracaat ederler. Şu kadar var ki bu masraf, âmilin meyvalardan hissesinin kıymetini tecavüz edemez. (Tahtavî, Reddimuhtar).

252 — : Müsakat akdinden sonra âmil vefat etmekle vârisleri işe devam etmekden imtina etseler amele icbar edilemezler. Bu halde ağaçların sahibi muhayyer olur. Şöyle ki: Dilerse ham meyvaları vârisler ile meşrut

vechile iktisam ederler, dilerse vârislerin ham meyvalardan hisselerinin kıymetini verir ve dilerse kendisi hâkimin izniyle meyvalar yetişinceye kadar maruf mikdar para sarf ederek sonra bu parayı vârislerden alır. Şu kadar var ki bu para, vârislerin meyvalardan alacakları hisselerin kıymetini tecavüz edemez. (Dürer, Reddimuhtar).

253 — : Akdi müsakatdan sonra ağaçların sahibiyle âmil vefat edib meyvalar henüz ham bir halde bulunsa yukarıda beyan edildiği üzere âmi lin vârisleri muhayyer olur. Şayed bunlar bununla uğraşmakdan imtina ederlerse eşcar sahibinin vârisleri yukarıda yazıldığı vechile muhayyer bulunur. Bu iki takdirde de vârisler müverrislerinin yerine kaim olmuş olurlar. (Tahtavî Reddimuhtar).

MALİKİLERE GÖRE MÜZAREA :

(1) Malikî'lere göre müzarea hakkında üç kavl vardır: Birincisi, müzarea ekin ekilmedikçe gayrı lâzım bir akddir. Çünkü bu, bir şirkettir. Şirket ise akd ile lâzım olmaz. İkincisi, müzarea akd ile lâzım olur. Sühun ile İbni Macişun buna kaildir. Zira müzareada icare mahiyeti galibdir. Binaenaleyh mücerred akd ile lâzım olur. Üçüncüsü, müzarea kendisine bir amel munzem olduğu takdirde lâzım olur. (Düsûkî).

(2) Müzareanın rüknü, akd-i müzareada müstamel tâbirlerdir. Hükmünde şeraitini cami olduğu takdirde cevazdır. Ziraat ise haddizatında bir farzı kifayedir. İnsanların, hayvanların buna ihtiyacı vardır.

(3) Müzareanın sıhhati için dört şart vardır. Şöyle ki:

(A) Arazi şer'an memnu bir şey ile kiralanmamış olmalıdır. Arazinin tohum mukabilinde olarak müzareaya verilmesi gibi.

(B) Şeriklerin kârda mütesavi olmaları, yâni: Her biri kendi re'sül' mâlîne göre hâsılatdan şâyian bir hisse almalıdır.

(C) Şeriklerden her biri, tohumu diğerinin tohumıyla karıştırmalı, bunları birbirinden temyiz edilemeyecek bir hale getirmelidir. Bazı zatlara göre bu, şart değildir.

(D) Şeriklerden her birinin tohumu, diğerinin tohumıyla cins ve sınıf itibariyle mütemasil bulunmalıdır. Binaenaleyh birisi meselâ: Buğday, diğeri arpa koyacak olsa şirket fâsid olur, her birisi kendi tohumunun hâsılatını alır, kendisine aid masrafdan fazla bir şey sarf etmiş olursa bununla şerikine rücu edemez. Bazı zevata göre bu şart da lâzım değildir.

4 — : Malikîlere göre caiz olan müzarea, şu vechile yapılır:

Evvelâ: Ekilecek araziye bir icare kıymeti takdir edilir, bu kıymet nükuddan veya hayvanatdan veya uruzi ticaretden olur. Sonra o arazide çalışacak şahsın ameline ve kullanacağı arazi âletine bir kıymet takdir edilir tohum da ikisi arasında münasefeten müşterek bulunur. Bunun neticesinde husule gelecek kâr, bu kıymetler nisbetinde sahib'lerine verilir.

Mescid: Yerin kira kıymeti elli lira, amel ile âletlerin kıymeti de elli lira olsa müzareayı yapan iki tarafın her birine kârın yarısı aid olur. (Şâyed birisi fazla alınmasını şart koşsa müzarea fâsid olur.)

MALİKÎLERE GÖRE MÜSAKAT :

(Malikilere göre yerde biten nebatat ve eşcar beş kısma ayrılır. Bunların bir kısmında müsakat caiz-değildir, diğer dört kısmında müsakatın cevazı için bazı şartlar vardır. Söyle ki:

(1) Kısım, sâbit aslı olup kendisinden semere toplanıldığı halde o asıl uzun bir zaman devam eder. Hurma, incir, zeytin, portakal, üzüm ağaçları gibi. Bu kısımda müsakatın sıhhati için iki şart vardır. Birincisi, bu ağaçlar üzerinden bir zaman geçib müsakat akd edildiği senedeki semere vermeğe salih bir hale gelmiş veya semeresi üzerinde bulunmuş olmalıdır. İkincisi de akd zamanında semere mevcut ise bu, henüz körpe olup salâhı zahir olmamış bulunmalıdır. Salâhı zahir olsa ağaç bakılmakdan müstağni olmuş olur. Her meyvanın salâhı, kendisine göredir. Meselâ: Hurmanın salâhı kızarmasıyla sair meyvaların salâhı da halâvetiyle teayyün eder.

(2) Kısım, sâbit aslı olduğu halde devşürülecek semeresi bulunmaz. Ilgın, çam, söğüt ağaçları gibi. Bu kısımda müsakat sahih olmaz.

(3) Kısım, sâbit aslı olmayıp devşürülecek semeresi bulunur. Karpuz, kavun, hiyar, bamya, şeker kamışı gibi. Bu kısımda müsakatın sıhhati şu beş şartın vücuduna mütevakıftır, birincisi: Kesildikten sonra tekrar semere vermemelidir. Soğan, turp, havuç, marul gibi. Tekrar verirse müsakat sahih olmaz. Birsim, keras, tere, şehtere gibi. İkincisi: Sahibi bunları tamamıyla suvarmakdan, bunlara hizmetden aciz bulunmalıdır. Üçüncüsü: Sahibi başkasıyla müsakat akd etmediği takdirde bunların zayi olacağından korkmalıdır. Dördüncüsü: Ağaca benzemesi için yerden zuhur edib görülmelidir. Beşincisi: Salâhı zahir olmuş olmalıdır. Bu şartlar bulunmazsa bu kısımda müsakat sahih olmaz.

(4) Kısım, sâbit aslı ve devşürülecek semeresi olmayıp yalnız çiçeği ve kendisiyle intifa olunur yaprakları bulunur. Gül, yasemin gibi. Bu da birinci kısım hükmündedir. Bunlarda sahibinin bunları suvarmak, tımar

etmekden aciz bulunması şart değildir.

(5) Kısım, yaş yeşilliklerdir ki, semereleriyle değil, kendileriyle intifa kasd olunur. Bunlar iki nevidir. Birinci nevi, kökünden koparılıp halefi kalmayan sebzelerdir. Soğan, sarmısak, turp gibi. İkinci nevi, kendisi koparılıp kökü, aslı kalan sebzelerdir, maydanos, baldırıkara otu gibi. Bu dördüncü kısım da üçüncü kısım hükmündedir. Bunda da müsakatın sıhhati için aynı şartların bulunması lâzımdır.

Müsakatda eşcar ve nebatat sahibiyle âmilin hisselerine mahsus şartlar ise şunlardır: Her birinin hissesi sülüs, rubu gibi bir cüz'ü muayyen olmalıdır. Bütün ağaçların semeresinde müsteviyen şâyi olmalıdır. Bir taraf için miktarı muayyen bir hisse tâyin edilmelidir, yirmi kile veya filân ağacın semeresi gibi. (Şerh-i Muhammedilhişî, Mezahibi'erbâa).

ŞAFİİ'LERCE MÜZAREA :

(Müzareada arazi ile tohum bir taraftan, amel de diğer taraftan olur. Arazi bir taraftan, tohum ile amel de diğer taraftan olursa buna «Muhabere» denir.

Müzarea da, muhabere de Şafii'lerce memnudur. Çünkü bir yeri, ondan çıkacak ekinler mukabilinde tecir sahih değildir. Bunda garer vardır, yani: Bunun âkibeti meçhuldür, insan aldanmış olabilir. Arazinin menfaatini icareye vermek suretiyle tahsil mümkündür.

Binaenaleyh bu babdaki memnuiyyete, fesâda rağmen bir müzarea akd edilerek amel vâki olsa mahsûlât arazi sahibine aid olur, âmil de me-saisinin ve yere sarf ettiği şeyin ücretine müstahik bulunur.

Fakat diğer bir kavle nazaran müzarea, Şafii'lerce de müsakata tebe-an caiz görülmüştür.

ŞAFİİ'LERE GÖRE MÜSAKAT :

(1) İmam Şafii'ye göre resid, muhtar olan kimselerin müsakatı sahihtir. Bir maslahat görülürse çocuk, mecnun, sefiş namına velisi, beytül'mâl namına veliyyül'emr, vakf namına müteveli akd-i müsakatda bulunabilir.

(2) Müsakat, İmam Şafii'nin kavli-âhırına göre yalnız hurma ve üzüm ağaçları hakkında caridir, kadim kavline göre ise sair meyva ağaçlarında da caridir.

(3) Müsakat, meyva ağaçlarına ve bunların semeresine münhasir olmakla beraber bu ağaçlara tâbi sayılacak boş arazide de bu ağaçlara tebean müsakat carî olur mu? Bu meselede ihtilâf vardır. İmameyne, İmam

Ahmed'e, İbni Ebî Leylâ'ya göre böyle bir müsakat, caizdir. İmam Şafii ile Zâhiri'ler ise müsakatı semerelerden başkası hakkında caiz görmemişlerdir. İmam Malike göre de arazi, semerelere tâbi, semereler ise ekser bulunursa bu arazinin müsakata duhûlünde beis yoktur.

Maamafih Şafii fukahasının beyanına göre hurma veya üzüm ağaçları arasında ekinsiz boş arazi bulunsa bu arazi hakkındaki müzarea, bu ağaçlar hakkındaki müsakata tebean sahih olur. Elverir ki, âmil, müttehid olsun, yani: Müsakatı kabul eden âmil, müzareada bulunan âmilden başkası olmasın ve ağaçları münferiden iska ile arazide münferiden ziraat yapılması güç bulunsun. Bu iki şart tahakkuk edince müsakat ile müzareanın bir akd ile yapılması caiz olur.

(4) Hüzaz — Ağaçların meyvalarını kesib devşürmek, âmil üzerinedir. Bu arazi sahibi üzerine şart edilse müsakat münfesihi olur. Hurma ağaçlarını budaklamak, islâh etmek, iska etmek de âmile aiddir. Fakat bu ağaçların etrafına çit yapmak âmile lâzım gelmez. Çünkü bu, semerelerin ziyadeliğine tesir edecek amellerden değildir.

(5) Âmil vefat edince bakılır: Eğer terikesi mevcut ise müsakat devam eder, terikesinden bu temin edilir. Terikesi mevcut değilse rebbül' mâl, onun amelinin ücretini vârislerine teslim eder, akd-i müsakat fâsid olur.

(6) Müsakat, bunu ifadan acz ile de münfesihi olur. Âmil, amelinin itmam etmeden kaçib gaib olsa veya hastalansa veya haps edilerek rebbül' mâl müteberrian lâzım gelen amelleri itmam etse âmilin istihkakı meşrut vechile bâki kalır. Fakat böyle yapmayıp hâkime müracaat ederse hâkim, onun yerine amelde bulunacak bir şahsı isticar eder. Elverir ki müsakat ile âmilin gaib olması sâbit, ihzarı müteazzir olsun.

(7) Müsakatda arazi sahibi ile âmilin husûle gelecek semerelerde müşâen müsterek olmaları, ve her birinin hissesinin tâyin edilmesi şartdır. Bu semereden üçüncü bir şahsa bir hisse verilmesini şart koşturmak sahih değildir.

(8) Rebbül'mâl ile âmil, semereden ne mikdar üzerine müsakat akd edilmiş olduğunda ihtilâf etseler, ikisi tehalüfde bulunarak müsakatı fesh ederler. Âmil amelinin ücretine müstahik olur. (Bidayeülmüctehid, Tuhfetül'muhtac).

HANBELÎLERE GÖRE MÜZAREANIN RÜKNÜ, HÜKMÜ, ŞERÂİTİ :

(1) Müzareanın rüknü icab ve kabuldür. «Bu tarlayı sana hâsılâtının yarısı mukabilinde müzareaya verdim.», «Kabul etdim.» sözleri gibi. Lâf-

zen kabul bulunmaksızın amele başlanması da kabul sayılır.

(2) Müzarea, bir akd-i caizdir, lâzım değildir. Her iki taraf bunu fesh edebilir. Velew ki tohum yere ekilmiş olsun. Eğer bu halde yer sahibi müzareayı fesh ederse âmile amelinin ücretini vermesi lâzım gelir.

(3) Akd-i müzareanın sıhhati için şunlar şartdır:

Âkidler ehil olmalıdırlar. Binaenaleyh mecnunların, gayrı mümeyyiz çocukların müzarea akdleri sahih değildir.

Tohumun cinsi ve mikdarı malûm olmalıdır. Binaenaleyh tohum mechul veya müteredded olursa akd sahih olmaz.

Ekilecek yer ve onun mesahası malûm olmalıdır:

Ekilmesi istenilen tohumun nev'i malûm bulunmalıdır. Yer sahibi âmile hitaben: «Eğer arpa eker isen sana hâsılâtının onda biri, buğday eker isen sana yarısı olsun». dese sahih olmaz, bunda cehalet vardır.

Seriklerden her birinin hâsılâtıdan hissesi nısıf, sülûs gibi şâyi olmalıdır. Sâyed birine muayyen bir mikdar, meselâ: Şu kadar kile buğday diye şart kılınırsa akd, fâsîd olur. Nitekim yer sahibi hâsılâtıdan tohumu mikdarını alıb mütebâkisi aralarında taksim edilmek şart kılınsa yine sahih olmaz.

(4) Müzareada arazi ile tohum veya bunlar ile beraber hayvan bir taraftan, amel de diğer taraftan olur. Tohumun yer sahibine aid olması, sahih olan kavle göre şart değildir. Binaenaleyh, bir taraftan yalnız arazi, diğer taraftan da tohum, hayvan, amel olabilir.

(5) Müzarea fâsîd olunca ekin, tohum sahibinin olup üzerine âmilin ecri misli lâzım gelir. Şâyed tohum âmile aid bulunursa âmil, arazinin ücreti mislini sahibine zâmin olur.

(6) Müzareada hâsılâtıdan hükûmet namına bir hisse alınacak olsa bu babdaki örfe göre hareket olunur. Şöyle ki: Arazi sahibinden alınması mütearef ise ondan alınır, âmilden alınması âdet ise âmilden alınır. Meğer ki bunun hilâfına bir şart bulunsun, o halde şarta ittiba olunur.

Nitekim bir kasaba âhalisinden istenilen vezaifi hükûmet onların miallarına göre tevzi edilir. Bu vezaif = Tekâlif, ekinler veya ağaçlar üzerine vaz edilmiş ise bunların sahiplerinden alınır, müstecirlerden alınmaz, meğer ki müstecirlerin vermesi meşrut bulunsun. Bu tekâlif, mutlak suretde vaz edilmiş ise bu babdaki âdete ittiba olunur).

HANBELÎLERE GÖRE MÜSAKAT :

(1) Hanbelî'lere nazaran müsakat iki suretle olabilir. Birisi: Bir kin se, arazisini üzerinde hurma veya sair meyva ağaçları dikilmiş olduğu halde bir şahsa semeresinden nısıf, sülûs gibi bir cüz'ü şâyi mukabilinde mü-

sakat için verir. Diğeri de bir kimse, arazisini ve dikilmemiş ağaçlarını bu arazi üzerine dikib yetiştirmek ve bu ağaçlardan veya bunların meyvalarından malûm bir cüz'e müstahik olmak üzere bir şahsa müsakat için teslim eder. Bu ikinci kısma bilhassa «Münasebe, mûgarese» adı verilmiştir.

(2) Müsakatın sıhhati için şu gibi şartlar vardır :

Ağacın yenilecek semeresi olmalıdır.

Ağacın sâki olmalıdır. Karpuz, kavun gibi sâki olmayan ekinler hakkında müsakat sahih olmaz. Bunların hakkında müzarea sahihdir.

İki tarafın hisseleri cüz'i şayi suretiyle müteayyen olmalıdır. Birinin hissesi kat'i suretde beyan olunur, meselâ yüz kilo hurma veya şu kadar para denilirse müsakat sahih olmaz. Çünkü buna müsavi bir semere hüsnle gelmemesi muhtemeldir.

Hakkında müsakat yapılacak ağaç, sahibinin ve âmilin — görmekle veya vasfi beyan edilmekle — malûmları bulunmalıdır.

Ağaçlar arasında muayyen bir ağacın semeresi âmile tahsis ve şart kılınmamış olmalıdır. Çünkü o ağacın semeresi vücuda gelmeyebilir.

Bu beş şart bulunmazsa müsakat, fâsid olur.

(3) Henüz meyva verecek çağa gelmemiş olan küçük ağaçlar hakkında da müsakat sahihdir. Şu şart ile ki müsakat müddeti, bu ağaçların galibi hale nazaran meyva verecekleri zamana kadar devam etmelidir.

(4) Müsakatda müzarea gibi bir akd-i gayrı lâzımdır. Âkidlerden her biri bunu dilediği vakit fesh edebilir. Âmil, semere zuhurundan sonra müsakatı fesh etse bu semere, akd zamanında şart edildiği vechile aralarında müşterek olur. Bu ağaçların bakım müddeti henüz hitam bulmamış ise âmil bunlara bakar, akdi fesh, bu halde lüzûm-i ameli ref'etmez.

Müsakatı ağaçların maliki fesh ettiği takdirde ise üzerine âmilin amelinin ecrı misli lâzım gelir.

(5) Müsakat, gayrı lâzım bir akd olduğundan bir müddet ile tevkiti meşrut değildir. Müsakat için bir müddet tâyin edilib de bu müddetde semere hüsnle gelmese âmil bir şeye müstahik olmaz. (Neylül'meârib, Mezahib-i erbaa).

ZAHİRÎLERE GÖRE MÜZAREA :

(1) Zâhiri'lere nazaran ekinleri, dikilen şeyleri çoğaltmak güzeldir. Bunlar sahibini cihaddan meşgul kılmadıkça sevaba vesiledir. Nitekim Sahih-i Buhari'de münderic bir hâdis-i şerif'de: **أَمَّا مَنْ سَلَطَ غُرْسًا أَوْ زَرْعًا** (امان مسلم بایئرس غرساً او زرعاً) buyurulmuştur. Yani: Her hangi bir müslüman, bir ağaç diker veya bir ekin eker de ondan bir kuş veya bir insan veya bir hayvan yerse bununla o müslüman için bir sadaka sevabı

vücuda gelmiş olur.

Vâkıa yine Sahih-i Buhari'de, mezkûr bir hâdis-i şerifde (لا يَحِلُّ مِنْهُ) (بَيْعُ قَوْمٍ أَرْضَهُمْ) buyurulmuştur. Yani: Bir kavmin hanesine ekin âleti dahil oldu mu o araya zillet de dahil olur. Fakat bu, mezmum, zelilâne bir ziraat hakkındadır ki sahiblerini cihaddan, mukaddesatı müdafaadan, ve sair terakki esbabını tedarükden meşgul kılar.

«Vâkıa yalnız ekincilikle iştigal edib de yurdun müdafaasını temin edecek mesaiden, vesaiti teminden bihaber olan cemiyetler, başka milletlerin mağlubu olarak ekdikleri yerler de ellerinden çıkar, esaret zilletine mahkûm olurlar. Binaenaleyh bir cemiyet efradı yalnız ziraatle meşgul olamaz, yurdlarının muhtac olduğu sair şeyleri de müesseseleri de temine çalışmaları icab eder.» «Buhari Şerh-i Ayni'de denildiğine göre: Bu zillet hududda ikamet edib de müdafaa gayretini ihmâl edenler hakkındadır. Yoksa ziraat de haddi zatında memduhdur, ihzariyle mükellef olduğumuz müdafaa kuvveti esbabından maduddur. Mâhaza Mısır'da olduğu gibi bazı arazi mutasarrıfları bir takım iktaât sahiblerinin, derebeylerinin ağır teklifleri, vergileri altında pek zelilâne bir halde yaşamaktadırlar. İşte yukarıdaki hâdis-i şerif, bu hale de bir mucize kabilinden olarak vaktiyle işareti mütazammın bulunmuştur.»

(2) Zâhiri'lere göre ekilecek araziye nükud veya uruz gibi bir bedel mukabilinde kiralamak caiz değildir, bu hususda nehy-i nebevî vardır. Belki arazinin ekilmesi hususunda şu üç suretten biri iltizam edilir:

(A) Bir kimsé, kendi arazisini kendi âletleriyle, kendi yardımcılığıyla ve kendi tohum ve hayvaniyle eker.

(B) Bir kimse, kendi arazisinin ekilmesini bir şey almaksızın başkasına ibahe eder.

(C) Bir kimse, arazisini kendi tohumıyla, hayvaniyle ve âvân ve âlâtı ile ekecek başka bir şahsa mahsûlâtın bir cüz'î mukabilinde verir. Bu halde arazi sahibi, hasılâtın nisf, sülûs gibi bir cüz'î şâyiine müstahik olur, mütebâkisi de eken şahsa aid bulunur. Şâyed hiç hâsîlat olmazsa arazi sahibi bir şeye müstahik olmaz.

Tohumun, hayvanın, âletin veya yardımcının arazi sahibi tarafından tedarik edilmesini şart koşturmak, caiz değildir, bununla akd fâsîf olur. Fakat arazi sahibinin ikinciye tohum veya para borç vermesi veya tetevvüan yardım etmesi caizdir, güzeldir. Çünkü bu, bir hayırdır. Birr-ü takva üzerine bir teavündür.

(3) Arazi sahibi ile ekinci, araziye muayyen bir şey ekmek üzere bir riza ittifak ederlerse bu güzeldir, bir şey tâyin etmezlerse daha güzeldir. Fakat muayyen bir şeyin ekilmemesini şart koşarlarsa bu, bir şartı fâsîd ve akdi fâsîd olur. Meğer ki arazi sahibi, arazisine veya ondaki ağaçlara

muzir olacak bir şeyin ekilmemesini şart koşsun, bu vacibürriaye bir şarttır. Çünkü bunun hilâfı fesaddır, ekinleri ihlâkdir. Kur'anı mübinde ise (اِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسَدِّسَ) buyurulmuştur. Binaenaleyh bu, kitabullahda bulunan bir şarttır, bu cihete sahihdir, lâzımdır.

(4) Müzareayı mayyen bir müddete kadar akd etmek helâl değildir. Bu mutlak surette akd edilir. Bilâhare iki taraftan her hangisi dilerse ameli terk edebilir ve hangisi vefat ederse muamele bâtil olur. Fakat berhayat olan taraf ile vefat eden tarafın vârisleri müzareanın devamını bir-riza iltizam ederlerse müzarea devam eder.

(5) Ekin ekildikten sonra arazi sahibi veya âmil müzareaya nihayet vermek isteyebilir, bu caizdir. Fakat ekinlerin intifa edilecek bir hale gelmesine kadar âmilin veya vârislerinin bunlara hizmet etmesi lâzım gelir. Çünkü bu maksadla akd yapılmıştır. Aksi takdirde mal izaa, hars ifade edilmiş olur. Bundan ise nehiy vârid olmuştur.)

ZAHİRÎLERE GÖRE MÜGARESE = MÜSAKAT :

(1) Bir kimse, bir arzi beyzayı = Ekinden, ağaçdan hâli boş bir yeri ağaç dikmek üzere bir şahsa vermek istese bu, yalnız iki vecihden biriyle caiz olur. Şöyle ki: Ya bütün ağaçları ve lâzım gelen şeyleri kendisi hazırlayarak yalnız bunları ekmek, timar etmek üzere bir şahsı muayyen bir müddetle ve muayyen bir ücretle isticar eder. Bu ücret, o yerin muayyen, tefrik edilmiş veya muayyen müşa bir parçası da olabilir.

Ve yahud ağaçları ve sair lâzım gelen şeyleri âmil hazırlar ve hizmetde bulunur. Yer sahibi kendisine bunlardan nısıf, sülüs, rubu gibi muayyen bir cüz'ün verilmesini teahhüd eder. Bu daha güzeldir, bunda bir müddet tâyin edilmez. Müzareada carî olan hükmler bunda da carî olur.

(2) Dikilen şeyler ile henüz intifa edilecek zaman olmadan âmil, mügareseden çıkmak istese çıkabilir. Bu halde dikmiş olduğu şeylerin tamamını alabilir. Yer sahibi mügareseden âmili çıkararak istediği takdirde de hükm böyledir.

İntifa ve nema zamanına kadar akd devam ettiği takdirde âmil, makudunaleyh olan şeyi alır, bu onun hakkıdır.

(3) Bir kimse, her hangi bir ağacı = Saki üzerine kaim olup seneden seneye semere veren bir nebatı dikmek, timar etmek, suvarmak ve semere hâsıl olunca bundan muayyen bir sehim almak üzere bir şahs ile akdi şirkette bulunabilir. Bu caizdir. Buna «Muamele fissimar» denir.

Bu muameleyi İmamı Azam ile İmam Züfer tecviz etmemiş, imameyn ile Eimme-i Selâse, Evzaî, Ebû Süleyman, İbni Ebi Leylâ, Süfyânı Sevri terviz etmişlerdir. (Elmuhallâ).

(Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M)

MÜŞTEREK ŞEYLERİN TAKSİMİNE, MUHAYEYE VE MÜŞTEREK MALLARIN TAMİRATINA VE SAİR MASRAFLARINA DAİRDİR.

İÇİNDEKİLER: KİSMETİN TARİFİ, SEBEBİ, MEHASİNİ VE MEŞRUIYYETİ. KİSMETİN RÜKNÜNE VE KEYFİYETİNE AİD MESELELER. KİSMETİN ŞARTLARI. KİSMETİN NEVİLERİ. KİSMETİ CEM'E DAİR MESELELER, KİSMETİ TEFRİKA DAİR MESELELER. KİSMETİN HÜKMLERİ. KİSMETLERDE CARİ MUHAYYERLİKLER. KİSMETİN FESH VE İKALESİ. MUHAYEE = MENFAATLERİN TAKSİMİNE AİD MESELELER. MUHAYEENİN İFRAZ VE MÜBADELE MAHİYETİNDE OLMASI. MUHAYEENİN SURETİ İFASI VE FESHİ.

MÜŞTEREK MALLARIN TAMİRATINA VE SAİR MASRAFLARINA AİD MESELELER. MÜŞTEREK VE GAYRİ MÜŞTEREK IRMAKLARIN İSLAHINA DAİR MESELELER. SAİR MEZHEBLERE GÖRE KİSMET LAHİKA: KUR'A HAKKINDA

KİSMETİN TARİFİ, SEBEBİ, MEHASİNİ VE MEŞRUIYYEYİ:

254 — : Kısmet, istilâh kısmında da yazıldığı üzere şâyi hisseleri tâyin etmektedir.. Yani: Kile, terazi, arşın gibi bir mıkıyas ile hisseleri birbirinden temyiz ve ifraz eylemektir (Hinidiyye).

255 — : Kısmetin sebebi, şeriklerin kendilerine mahsus hisselerden istiklâl vechile intifa etmek talebinde bulunmalarıdır.

Kısmetin mehasini ise şeriklerden her biri kendi mülkünde dilediği vechile tasarrufda bulunabilib diğer şeriklerin tesirinden, su'i idaresinden ve imtizac edememekden halâs bulmaktadır.

256 — : Kısmetin meşruiyyeti, kitab ile sünnet ile, icma - i ümmet ile akli delîller ile sâbittir. (وَبِهِمْ اِزَالَتَا قِسْمَةِ بَيْنِهِمْ) âyeti kerimesi bunu göstermektedir.

Resûli Ekrem, sallallâhü taâlâ aleyhi vessellem efendimiz, ganimet mallarını sahabe-i kiramı arasında taksim etmiş, bir hadis-i şerifde: (عَطَا كُلَّ ذِي حَقِّهِ) Her hak sahibine hakkını, hissesini ver» diye vârid olmuştur.

Bir çok müşterek malların iştirâk halinde kalması, sahiblerinin zararına, muhafazalarının suubetine müeddi olacağı cihetle onların taksimi aklen de lâzımdır. Binaenaleyh bu taksimin cevazı hakkında ümmetin icma'ı da mün'akid olmuştur.

KISMETİN RÜKNÜNE VE KEYFİYETİNE AİD MESELELER :

257 — : Kismetin rüknü, bir fiildir ki, onunla nasibler arasında ifraz ve temyiz husûle gelir.

Kismetin keyfiyetine gelince bu, maksumun ihtilâfına göre ölçmek, tartmak, saymak gibi muhtelif olur. Şöyle ki: Müşterek mal, eğer mekilât-dan ise keyl . . . Ölçmek ile, mevzunatdan ise vovn ile, adediyyatdan ise aded ile ve zeriyyatdan ise zira' ile taksim olunur.

258 — : Hissedarlar arasında hisselerine göre yapılan taksim, her halde sahihtir. Kismeti kazada birine hissesinden kıymetce ziyade hisse vermek sahih değildir. Kismeti rizaya gelince, taksim edilen mal, emvali ribeviyyeden ise birine hissesinden fazla hisse vermek yine sahih değildir. Fakat emvali ribeviyyeden değilse sahihtir. (Dürrümuhtar).

259 — : Arsa ve arazi, zeriyyatdan olduklarına mebni zira' ile taksim olunurlar. Fakat bunların üzerindeki ağaçlar, binalar kıymet takdiriyle taksim edilir. Bu halde ağaç veya bina bir hisseye isabet etse diğer hisse sahibine mümkün ise arsadan kıymetce onlara muadil olacak kadar fazla yer verilir, mümkün değilse nükud ilâve edilir. İmam Muhammed'in mezhebi böyledir. (Hindiyye).

260 — : Bir konağın taksiminde bir hissenin ebniyyesi diğer hissenin ebniyyesine nisbetle daha kıymetli olduğu takdirde mümkün ise diğer hisseye arsadan kıymetce ona muadil olacak kadar fazla yer verilir. Mümkün değilse kıymeti fazla olan hissenin kıymetce fazlalığına mukabil nükud ilâve edilir. Çünkü sureten müsavat = Muadelet mümkün olmayınca mânen müsavata itibar lâzım gelir. Bu, İmam Muhammed'e göredir, fetva da bunun üzerinedir. İmamı Azama göre yer mesaha ile taksim olunur. Hissedarlardan birinin nasibi ecved veya binayı havi olursa diğerine müsavatı temin edecek mikdar para verir. Bu halde para kismete zarrureten dahil olmuş olur. İmam Ebû Yûsûf'e göre ise bina bulunduğu tak-

dirde yerin tamamı kıymet itibariyle taksim olunur. Çünkü bu halde tâdil, kısmet ile olmayınca müteazzir bulunur. (Mecmaül'enhür).

261 — : İki kimse arasında müşterek olub kabili kısmet bulunan bir hanenin fevkanisi birine, tahtanisi de diğerine verilmek istenilse hem fevkani, hem de tahtani takvim olunarak kıymetleri itibariyle taksim olunurlar. Çünkü beyinlerinde tâdil, ancak bu suretle kabil olur. (Reddimuhtar).

Bu, İmam Muhammed'e göredir, müftabih olan da budur.

262 — : Bir hane veya bahçe taksim olunacak olunca kassam olan zat, evvelâ: Taksim edeceği şeyi kâğıt üzerine tasvir, hissedarların hisselerini de kayd etmelidir. Saniyen: Arsasını zira' ile mesahada bulunmalıdır. Bununla beraber arsanın kıymetini tesbit lâzım gelir. Arsanın parçaları arasında — maliyeti takvim ile bilineceğinden — kıymetce tefavüt bulunabilir. Salisen : Ebniyyesinin mesahasını ve kıymetini takdir etmelidir. Rabian sahiblerinin hisselerine göre tesviye ve tâdil etmelidir. Hâmisen : Mümkün ise her hisseyi yekdiğerine taâllûku kalmamak üzere hakkı tarık, hakkı şirb ve hakkı mesîli ile ifraz etmelidir. Sâdisen: Hisseleri birinci, ikinci ve üçüncü diye tesmiye etmeli, ve bâdehû kur'a kâğıdını tertib ile ashabının esamisi bu kâğıt üzerine yazıldıktan ve yazı haricden okunmayacak mertebe bükülüb kapandıktan ve bir kaba karışdırılıp vazetdikden sonra kur'a çekilmelidir. Bu kur'a vacib değilse de tatyibi kulûbe hâdim, töhmetden beri olmakla müstahsendir. (Dürrümuhtar).

Birinci hisse, ibtida ismi çıkanın, ikincisi de sâniyen ismi çıkanın, üçüncü hisse de sâlisen ismi çıkanın olur. Üçden ziyade hisse var ise yine bu tertib üzere yürür.

Kassam tâyin edilecek zatların âdil, emin, kısmete âlim olması şartdır. (Ebüssuûd).

263 — : Tekâlifi emiriyye, eğer bir mahaldeki nüfus-i ahaliyi muhafaza için ise o tekâlif, oradaki adedi ruus üzerine taksim olunur. Kadınlar, çocuklar tevzi defterine idhâl edilmezler, temettü vergisi gibi. Ve eğer muhafazai emlâk için ise mikdarı mülk üzerine taksim olunur. Kadınlar da, çocuklar da mülklerine göre bu vergi ile mükellef tutulurlar. Musakakat vergisi gibi. Çünkü garamet, ganimete göredir. Mazarrat, menfaat mukabelesindedir. (Reddimuhtar, Tenkih-i Hâmidî).

KISMETİN ŞARTLARI :

264 — : Kısmetin sıhhati için maksumun ayn olması şartdır.

Binaenaleyh müsterek bir deynin kabz edilmedikce taksimi sahih olmaz, vелеvki kendisiyle beraber bir ayn da taksime idhâl edilsin. Çünkü deyn, medyunun zimmetinde hükmen mevcut, hakikaten madûm olmakla ifrazı kabil değildir. Badelkabz ise deyn, ayn haline münkalib olmuş olacağından bunun taksimi kaıldır.

Meselâ: Bir müteveffanın müteaddid kimseler zimmetinde alacağı olmakla Zeydde olan alacak filân vârisin, Amrda olan alacak da filân vârisin, diye taksim edilse sahih olmaz. Bu suretde vârislerden biri, ne tahsil ederse diğer vârisler de ona müşarik olurlar.

Terekeden evvelâ ayan, sonra da düyûn taksim edilse yalnız ayan hakkındaki taksim sahih olur. (Zâhire).

265 — : Hisselerin temyiz ve ifraz olunması şartdır.

Meselâ: Müsterek bir yığın buğday sahiblerinden biri, diğerine «Sen yığımın şu tarafını al, bu tarafı benim olsun.» deyib o da razı olsa taksim husûle gelmiş olmaz. Buğday misliyyatdan olduğu cihetle kile ile taksim edilmesi ve her şerike hissesi mikdarının verilmesi lâzımdır. Maamafih buğday, rebevî mallardan olduğu için mücazefeten taksimi sahih değildir.

266 — : Maksûm, kısmet zamanında şeriklerin mülkü olmak şartdır.

Binaenaleyh maksûm iki kimseye mevkuf bulunsa taksimi sahih olmaz.

Kezâlik : Kısmetden sonra maksûmun mecmuuna bir müstahik çıksa bâtıl olacağı gibi maksûmum nısıf, sülûs gibi bir cüz'ü şâyine müstahik çıkınca da kısmet bâtıl olub maksûmun tekrar taksimi lâzım gelir.

Kezâlik: Bir hissenin mecmuuna müstahik çıksa kısmet bâtıl olub mütebâki hisseler, hissedarlar arasında müsterek olur.

Yalnız bir hissenin bir muayyen mikdarına yahud bir şâyî cüz'ine müstahik çıksa o hisse sahibi muhayyer olur: Dilerse kısmeti fesh eder ve dilerse fesh etmeyib noksan mikdariyle diğer hissedarlara rücu eder.

Meselâ: Yüz altmış arşın bir arsa münasafeten ikiye taksim olunduktan sonra bir hissenin nısfına biri müstahik çıksa o hisse sahibi, dilerse kısmeti fesh eder ve dilerse hissesinin dörtde biriyle şerikine rücu eder, yâni: Onun hissesinden yirmi arşın mahalli alır.

Şu kadar var ki, bazı hissenin bilistihkak zabt edilmesi, mütebâki hisselerde aybı mûris olmazsa kısmeti fesh lâzım gelmez.

Meselâ: Yüz koyun münasafaten taksim edilip de bir şerike isabet eden koyunlardan on lira kıymetinde bulunan bir koyun bilistihkak zabt olunsa bu hissedarın beş lira ile diğer hissedara müracaat etmesi lâzım gelir. Yoksa fehş iddiasında bulunamaz. (Hindiyye).

Taksim edilen hisselerden her birinin muayyen mikdarına müstahik

çıkırsa bakılır. Eğer bu mikdarlar müsavat üzere ise kısmet fesh olunmaz. Ve eğer birinin hissesi az, diğerinin hissesi ise çok bulunsa ancak ziyade mikdara itibar olunur ve yalnız birinin hissesinden bir muayyen mikdara müstahik çıkmış gibi olur. Binaenaleyh bu bilistihkak zabt edilen ziyade mikdar kimin hissesine isabet etmiş ise yukarıdaki vech ile muhayyer olub dilerse kısmeti fesh eder ve dilerse noksan mikdariyle şerikine rücu eder. Bu babdaki tafsilât için «Dürerül'hükkâm»a müracaat!.

267 — : Kısmeti kazada taleb şartdır. Taksim kendisine nafi olacak hissedarlardan birisi tarafından olsun taleb vâki olmadıkca hâkim tarafından cebren kısmet sahih olmaz. Zira kısmeti kazanın sebebi, talebdir. (Dürer).

268 — : Kısmeti rizada kısmet nafiz ve lâzım olmak için mütekasimlardan her birinin rızası şartdır. Çünkü kısmet, mübadeleyi mütezammındır. Mübadele ise tarafların terazisine mütevakkıftır.

Binaenaleyh mütekasımlardan biri gaib olsa kısmeti riza, lâzım olmaz. Bundan yalnız misliyyat müstesnadır.

Kezalik: İçlerinden biri çocuk veya mecnun bulunsa velisi veya vâsisi onun makamına kaim olur. Ve eğer velisi veya vâsisi yok ise hâkimin emrine mevkuf olur. Ve hâkim tarafından velâyet altında bulunan çocuk veya mecnun için bir vasi nash olunarak onun marifetiyle taksim yapılır. (Lisanül'hükkâm, Mecmaül'enhür).

269 — : Kısmetin gerek kaza ve gerek riza tarikiyle olsun âdilâne olması şartdır. Yani: Hisseler, sahibinin istihkaklarına göre tâdil olunarak hiç birinde noksanı fahiş bulunmaması lâzımdır.

Binaenaleyh kısmetde gabni fâhiş dâvası istima' olunur. Çünkü kısmetin cevazının şartı muadeledir. Muadele bulunmayınca nakzı icab eder. Fakat maksumünlehin olanlar, haklarını istifa eylediklerini ikrar ettikten sonra gabni fâhiş dâvasında bulunurlar'a istima' olunmaz. tenakuzda bulunmuş olurlar.

Bir kavle göre kısmet, riza tarikiyle yapılmış ise gabni fâhiş iddiası istima' ve bundan dolayı kısmet fesh edilemez. Bunda tağrir yoktur, tarazi-i tarafeyn vardır. Fakat Maksûmünlehlardan biri galat dâvasında bulunsa, yani: Kısmet zamanında kendisine isabet etmiş olan hisselerin sehven diğer hissedarlara teslim edildiğini iddia etse bu dâva sahih olur, bunu ikrar ile veya beyyine ile isbat lâzım gelir. İki hissedar da beyyine ikame etse hariç olan müddeinin beyyinesi râcih olunur. (Kefevî, Dürrümuhtar, Reddimuhtar).

270 — : Füzûlî suretde yapılan bir kısmet, maksûmünlehin, veya na-

ibinin kavlen veya fiilen icazetine mevkufdur. Çünkü tevkil sahih olan herhangi bir akid füzûlen yapıldığı takdirde icazete tevakkuf eder. Kıs- met de tevkil sahih olan akdlerdendir.

Meselâ: Bir kimse, müşterek olan bir malı kendi kendine taksim et- se nafiz olmaz. Fakat sahibleri «Pekâlâ» diye kavlen icazet verseler veya müfrez hisselerinde tasarrufı müllâk ile, yani: Bëyi, icar gibi temellük levazımından olan bir vechile tasarrufda bulunsalar kısmet, sahih ve na- fiz olur. (Fetâvâ-i Hayriyye).

271 — : Hissedarlardan bazıısı kısmet isteyib de diğer bazıısı kısmet- den imtina ettiği takdirde müşterek mal, eğer kabili kısmet ise hâkim, onu cebren taksim eder. Ve eğer kabili kısmet değilse kısmet talebinde bulunan şerikin talebine bakmayıp o malı taksim eylemez.

272 — : Kabili kısmet olan mal, taksime salih ve kabiliyyetli olan müşterek maldır ki, o maldan kablelkısma maksud olan menfaat, kısmet ile şeriklerin cümlesi veya bazıısı hakkında fevt olmaz. Böyle olmayan bir mal ise kısmeti gayrı kabildir.

Meselâ: yalnız erkeklere veya yalnız kadınlara mahsus olan bir ham- mam, kabili kısmet değildir. Çünkü taksim edilse artık hammam olarak kullanılamaz. Fakat bir tarafı erkeklere, diğer tarafı kadınlara mahsus olub da iki kimse arasında münasefeten müşterek olan bir hammam, ka- bili kısmetdir.

Kezalik: Harem ve selâmlık dairelerini müştamil olan bir konak da iki kimse arasında yarı yarıya müşterek olsa birine selâmlık, diğerine de harem dairesi verilmek suretiyle taksim edilebilir.

Kezalik: Bir hanenin meselâ onda biri bir şahsın, onda dokuzu da di- ğer bir şahsın olub onda dokuz hisse sahibi bundan kablelkısma intifa edebilib diğeri edemese yine taksim edilebilir.

Kezalik: Bir hanenin meselâ yarısı bir şahsın, yarısı da beş şahsın olub bu beş şahıs, kendi münferid hisseleriyle intifa edemeyecekleri ci- hetle bu hisselerinin birbirine zam edilerek müşâen tefrik edilmesine ra- zi olsalar bu hane de taksim edilebilir. (Bedayi, Dürerül'hükkâm).

KISMETİN NEVİLERİ :

273 — : Bir kısmet, ya sahih veya bâtil olur. Ve bir kısmet ya ayan- da veya menafide yapılır, ayanda yapılan bir kısmet de ya kısmeti cemi- den veya kısmeti tefrikden ibaret bulunur. Şöyle ki:

Meşru usûl ve şeraiti dairesinde yapılan bir kısmet, sahihtir. Fâsid şurûta mukarın olan bir kısmet de bâtıldır.

Sonra haricde mevcut şeyler hakkında yapılan bir kismete kismet fil'ayan denilir. Bu, ya müşterek ayinler, yani: Müteaddid ve müşterek şeyler ortakların hisselerine göre kısımlara bölünerek her ferdinde şâyi olan hissele birer kısmında cem' edilir. Üç kimse arasında müsavat üzere müşterek olan otuz koyunu onar onar üçe taksim gibi. Buna kismet-i cemi» denir. Yahud müşterek bir ayin şeriklerin hisselerine göre taksim olunub her cüz'ünde şâyi olan hisseler, birer kısmında taâyün eder. Yarı yarıya müşterek olan bir arsanın ikiye taksimi gibi. Buna da «Kismet-i tefrik» veya Kismet-i ferd» denilir.

Kismet-i menafia gelince bu da müşterek bir şeydeki menafiin cinsiy- le mübadelesinden ibaretdir. Müşterek bir hanede hissedarların muayyen müddetlerle ayrı ayrı ikamet etmeleri veya bunu kiraya verib kira be- delini münavebeten ahz eylemeleri gibi.

274 — : Kismet-i cem' ile kismet-i tefrikden her biri de kismet-i riza ile kismet-i kaza nevilerine ayrılır. Şöyle ki: Müşterek mülk sahiblerinin rizalariyle icra olunan bir kismet, kismet-i rizadır. Bu halde o mülk bun- ların arasında ya kendi marifetleriyle taksim olunur veya hepsinin riza- siyle hâkim tarafından taksim edilir.

Müşterek mülk sahiblerinden bazısının talebi üzerine hâkim tarafın- dan cebren yapılan bir kismet de kismet-i kazadır. Bu kismet, bizzat hâ- kim tarafından yapılabileceği gibi hâkimin tâyin edeceği bir kassam tara- fından da yapılabilir. Çünkü taksim, hakikaten kaza — hükm değildir ki, bunda hâkimin mübaşeret-i lâzim gelsin. Bu bakımdandır ki, bazı fuka- ha, hâkimin bu kismet mukabilinde ücret almasını caiz görmüşdür.

Ücretin mikdarı, taksim olunan malın kırkda birine müsavidir. Bu ücret İmamı Azam'a göre şeriklerin adedi rûusuna göre, imameyne göre ise hisselerine göre verilir. (Dürrümuhtar).

Hülâse ve vehbaniyye gibi bir kısım kütüb-i fıkhiyyede ise taksim, hükm cinsinden olmakla bundan dolayı ücret alınması caiz görülmemiş- dir.

275 — : Şerikler arasında çocuk veya mecnun bulunursa kismet, emr-i hâkime mütevakıf olur. Meğer ki velisi veya vasisi diğer şerikler ile beraber kismetine razı olsunlar. (Hindiyeye).

276 — : Kismet, gerek misliyyatdan ve gerek kıyemiyatdan olsun bir cihetle ifraz ve temyiz bir cihetle de mübadele Bir hissenin diğer hisse ile değiştirilmesi demektir.

Meselâ: İki kimse arasında münasefeten müşterek olan bir kile buğ- dayın her habbesinde her birinin nısıf hissesi olduğu halde mecmuu kis-

met-i cemi' kabilinden olarak iki müteşavi kısma taksim ile bir kısmı birine, diğer kısmı da diğerine verildikde her biri kendisinin nısıf hissesini ifraz ve diğer nısıfını da aharın nısıf hissesiyle mübadele etmiş olur.

Kezalik: İki kimse arasında yarı yarıya müşterek olan bir arsanın her cüz'ünde her birinin şâyian yarım hissesi olduğu halde bu arsayı kısmet-i tefrik ile ikiye taksim etseler her biri kendi yarım hissesini aharın yarım hissesiyle mübadele etmiş olur.

277 — : Hayvanat ve uruz gibi kıyemiyatdan olan şeylerde mübadele ciheti ifraz cihetine râcihtir. Mekillât, mevzunat gibi misliyyatda ise ifraz ve temyiz ciheti mübadele cihetine galib ve râcihtir. Çünkü bunların eb'azı arasında tefavüt yoktur. Mübadele ise ya şeriklerin rizaları ve ya hâkimin hükmü ile olabilir.

Binaenaleyh misliyyatdan olmayan müşterek ayanda şerik olanlardan birisi, aharın gıyabında ve onun izni olmaksızın kendi hissesini ahz edemez. Ahz edecek olsa diğer şerik gelince bu ayinleri tekrar taksim ettirebilir. Misliyyatda ise şeriklerden her biri, diğerlerinin gıyabında ve onun izni olmaksızın kendi hissesini ahz edebilir. Zira kendi hakkının ayinini ahz etmiş olur. Fakat gaibin hissesi kendisine teslim olunmadıkca kısmet tamam olmuş olmaz. Bu halde — bilittifak taksim yapılmadan — gaibin hissesi telef olsa şerikinin kabz etmiş olduğu hisse aralarında müşterek olur. (Aynî, Mecmaül'enhür).

278 — : Mekillât ve mevzunat ile ceviz, yumurta gibi adediyyati mütekaribe hep misliyyatdandır. Bunlarda şeriklerden biri, kendi hissesini diğerinin gıyabında izni olmaksızın alabilir. Fakat el işi olan avani gibi ihtilâfı sanat hasebiyle muhtelif ve mütefavit olan mevzunat, kıyemîdir. Çünkü bunlarda her veçhile mümaselete riâyet kabil değildir.

Bir de arpa ile karışık buğday gibi cinsinin hilâfiyle birbirinden temyiz ve tefrik olunamayacak surette mahlût olan bir misli, kıyemiyatdaa sayılır. Sabunlar dahi kıyemîdir, meğer ki, her birindeki yağ, müsavi olsun. (İmadiyye).

279 — : Bir cins çuha gibi ve bir fabrika mamûlâtı olan bezler gibi efradı arasında tefavüt olmayıp da «Arşını şu kadar kuruşa» diye satılan zer'iyyat, mislidir.

Bir cinsden olsun olmasın hayvanlar ile kavun, karpuz; hiyar gibi efradı arasında kıymetce tefavüt bulunan adediyyati mütefavite kıyemiyatdandır.

Kezalik: Bir cinsden ve bir hattat tarafından yazılmış bulunsa dahi yazma kitablar, kıyemîdir. Çünkü aralarında az çok fark bulunur. Bir

cinsden olub bir tarzda matbu. bulunan basma kitaplar ise mislidirler. (Dü-rerül'hükkâm).

KISMET-İ CEM'E DAİR MESELELER :

280 — : Yüz adet koyun, deve gibi cinsleri müttehid olan müşte-rek ayanda kısmet-i riza carî olduğu gibi kısmet-i kaza da carî olur. Yani: Şeriklerden yalnız bazısının talebi üzerine hâkim onları hükmen ve ceb-ren taksim eyler. Bu müşterek ayan, gerek hububat gibi misliyyatdan ol-sun ve gerek yumurta gibi adeyyatı mütekaribeden olsun ve gerek hayva-nat gibi kıyemiyyatdan olsun. Hayvanatın dışısiyle erkeği ise bu hususda müsavidir. Çünkü insanların gayrisinde zihayat mahlûkatın erkeği ile di-şisi bir cins sayılır.

281 — : Cinsleri müttehid olan misliyyatın efradı beyninde büyük bir fark ve tefavüt olmadığından kısmeti şeriklerden hiç birine zarar ver-mez, her biri hakkını almış ve her birinin tamamıyyeti mülkü husûle gel-miş olur.

Meselâ: İki kimse arasında müşterek olan bir mikdar buğday, hisse-lere göre taksim olundukda her biri kendi hakkını istifa ederek kendi hissesine isabet eden buğdaya müstakillen malik olur.

Şu kadar altın külçenin ve bu kadar gümüş veya bakır külçenin tak-simi de bu kabildendir.

Kezâlik: Şu kadar aded yumurta veya ceviz ve bir cinsden, yani: Bir nevi iplikden bir tarz üzere dokunmuş olan şu kadar pastal çuha ve bu kadar top bez de bu cümledendir.

282 — : Müttehidül'cins olan kıyemiyyatın efradı arasında kıymet-ce fark ve tefavüt varsa da pek cüz'î olmak hasebiyle yok hükmünde ol-duğundan bunlar dahi — yukarıda yazıldığı üzere — kabil-i kısmet, sayıl-mışdır. Bunlar da bir nevi misliyyat kabilindendir.

Meselâ: İki kimse arasında müşterek olan beş yüz koyun veya şu ka-dar inek veya deve hisselerine göre taksim olundukda her biri hakkını aynıyle almış gibi olur. Bu taksim ile her şerik, kendi hakkının kısmen aynini almış, kısmen de hakkını şerikin hakkıyla mübadele etmiş sayılır.

283 — : Muhtelif cinslerde, yani: Muhtelifül'cins olan müşterek ayanda kısmeti riza carî olursa da kısmeti kaza carî olmaz. Çünkü bu kıs-metle hisseler temyiz edilmiş olmaz. Zira muhtelif cinsler birbirinden za-

ten mümtazdır. Belki bu kısmet, bir muaveze demektir. Muavezede ise şeriklerin rizaları şartdır.

Binaenaleyh muhtelif cinsler, gerek misliyyatdan olsun ve gerek kıyemiyyatdan olsun şeriklerden yalnız birinin veya ekserisinin talebî üzerine hâkim tarafından cebren kısmeti cemi ile taksim edilemez. Belki bunlardan her bir cins, kabili kısmet ise şerikler arasında ayrı ayrı taksim olunur.

Meselâ: Hissedarlardan birine şu kadar kile buğday, ona mukabil diğerine de şu kadar kile arpa; veya birine şu kadar koyun, diğerine de bu kadar deve veya inek yahud birisine bir kılıç, diğerine de bir eğer takımı ve yahud birine bir hane, diğerine de bir dükkân verilmek suretiyle kısmeti kaza caiz olmaz. Velev ki her birine verilecek cinsin kıymeti diğerine verilecek cinsin kıymetine müsavi bulunsun.

Fakat şerikler, kendileri razı oldukları takdirde meşruh vech üzere kısmeti riza caiz olur. Çünkü bu, kendi haklarıdır. Birbirleri üzerinde kalan haklarını iskat edebilirler. (Fethül'kadir, Dürer).

284 — : Müteaddid konaklar, dükkânlar, ve çiftlikler, muhtelifül' cins sayılıb bunlar cebren kısmeti cemi ile taksim olunamazlar. Velevki bir kasabada, bir mahallede bulunsunlar.

Meselâ: Müteaddid konaklardan biri müşariklerden birine, diğeri de diğer müşarikê itâ ile kısmeti kaza caiz olmaz. Belki bunların her biri âtiyen beyan olunacağı üzere kısmeti tefrik ile taksim olunabilirler.

Bu, İmamı Azama göredir. İmameyne göre konaklar bir şehirde bulunursa bunlarda kısmeti cemi, hâkimin reyine müfevvezdir, hâkim böyle bir kısmeti eslâh görürse taksim eder.

Küçük haneler birbirine müttasıl olursa kısmeti cemi ile taksimleri kazaen caiz olur ve illâ olmaz. Odalarda ise kısmeti cemi ile kazaen taksim her halde caizdir, bir mahallede bulunmaları şart değildir. Çünkü bunlardaki tefavüt azdır. Dürer., (Dürerül'hükkâm).

KISMET-İ TEFRIKA DAİR MESELELER :

285 — : Bir müşterek aynın tefrik ve teb'izi sahiblerinden hiç birine muzir olmayıp kısmetden evvelki menfaatin husûlî mümkün bulunursa o ayın, kabili kısmettir, kısmeti tefrik ile taksim olunabilir, gerek misliyyatdan ve gerek kıyemiyyatdan olsun, ve gerek mülk ve gerek vakf bulunsun.

Meselâ: İki kimse arasında bir mülk arsa, müşterek olub da taksim olundukca her kısmında ebniye yapılır, ağaç dikilir, kuyu kazılır, bu vec-

hile arsadan kablelkısm maksud olan menfaat bâki olursa bu arsa hükmen taksim olunabilir.

Kezalik: Bir konağın selâmlık ve harem daireleri başka başka birer menzil olmak üzere tefrik ve taksim olundukda konakdan maksud olan süknâ menfaatı fevt olmaz ve şeriklerden her biri müstakillen bir yer, sahibi olursa bunda da kısmeti kaza carî olur. Bunun sahiblerinden biri, kısmet isteyib de diğeri imtina etse hâkim bunu cebren taksim eder. Çünkü kısmetde menfaat tekemmül eder. (Dürer).

286 — Müşterek bir aynın tefrik ve teb'izi şeriklerden birine nafi, diğesine hissei az olmakla muzir, yani: Maksud menfaatı müfevvit olub da menfaatı olan şerik, kısmet isterse hâkim onu hükmen taksim eder. Çünkü bu şerik, kendi mülkünün tekmiil menfaatini taleb etmiş bulunur.

Meselâ: Müşterek bir hanede şerik olanlardan birinin hissesi az olub da badettaksim onda süknâ ile intifa olunamayacak olduğu halde hissesi çok olan şerik şerik kısmet istese hâkim onu kazaen taksim eder. Fakat hissesi az olan şerikin talebiyle bu kısmet yapılamaz. Zira bu halde o, bir müteanniddir, kendisine nef'i olmayan bir şey ile uğraşmaktadır.

Fakat diğeri bir kavle göre bunlardan her birinin talebiyle bu kısmet yapılabilir. (Haniyye, Mecmaül'enhür).

287 — : Müşterek icareteynli bir akarın taksim edilebilmesi için bu taksim, vakf hakkında enfa olmalıdır ve hissedarlardan her birine isabet edecek hisse ile intifa mümkün bulunmalıdır. Ve bu taksime mütevellinin izni lâhik olmalıdır.

Arazi-i emiriyyenin taksim edilebilmesi için de hissedarlardan her biri, bu araziden kableltaksim olan menfaat ile badettaksim de faidelenēbilmelidirler. (Fetâvâ-i Cedide, Dürerül'hükkâm).

288 — : Tefrik ve teb'izi sahiblerinden her birine muzir, yani: Maksud menfaatı müfevvit olan bir müşterek ayinde kısmeti kaza carî olmaz. Çünkü bunda faide değil, zarar mevcuttur.

Meselâ: Müşterek bir değirmen taksim olunsa artık değirmen olarak istimâl olunamaz. Bu cihetle bundan maksud olan menfaat fevt olur. Binaenaleyh şeriklerden birinin talebi üzerine kazaen taksim edilemez. Fakat birriza taksim olunabilir. Zira hak kendilerininindir, kendi ihtiyaçlarını kendileri daha iyi takdir ederler.

Hammam, kuyu, kanat, küçük oda ve iki hane arasındaki hait dahi böyledir.

Bir hayvan, bir araba, bir eğer, bir çubbe veya bir yüzük taşı gibi yarmağa, kırmağa muhtac olan uruz da bu kabildendir, hiç birinde kısme-

ti kaza carî olmaz. (Dürrümuhtar).

Bir kavle göre böyle bir malı şerikler kendi aralarında birriza taksim edebilirlerse de hâkime müracaat etseler hâkim yine taksim etmez. Çünkü hâkimlerin böyle muzir, faidesiz şeyler ile meşgul olmaları caiz görülmez.

289 — : Bir müşterek kitabın şerikler arasında evrakını taksim caiz olmadığı gibi Mebsutu Serahsî gibi müteaddid cildlere ayrılmış olan bir kitabın cild becild taksimi de caiz olmaz. Zira bu sıyette bunlar itlâf edilmiş olur. Binaenaleyh bunlarda cebren kısmet carî olamaz. Bunlarda muhayye yapılır veya bunlar satılarak semenleri taksim edilir. (Reddimuhtar, Hindiyye).

290 — : İki veya daha ziyade kimseler arasında mülken müşterek olub da başkasının duhule salâhiyyeti olmayan tarikin biri kısmetini isteyib de diğeri imtina ettiği takdirde bakılır: Eğer badelkısmı her birine birer tarik kalacak ise taksim edilir, kalmayacak ise cebren kısmet yapılamaz. Meğer ki her birinin başka başka çıkar tariki bulunsun, o takdirde yine taksim yapılabilir. (Hindiyye, Tatarhaniyye).

291 — : Müşterek mesil de müşterek tarik gibidir. Şeriklerden biri kısmet isteyib de diğeri imtina etse bakılır: Eğer kısmetden sonra her birine suyunu akıtacak yer kalırsa yahud her birinin mesil ittihaz edecek başka yeri bulunursa cebren taksim carî olur ve illâ olmaz. Zira bu takdirde hane mesilsiz kalarak menfaati muattal olur. (Mebsut).

292 — : Bir kimse, hakkı müruru bâki kalmak üzere mülkü olan tariki satabileceği gibi iki kişi arasında müşterek olan bir akarın taksiminde müşterek tarikin rakabesi, yani: Mülkiyyeti birinde kalmak, diğerinin de yalnız hakk-ı müruru bulunmak üzere kısmet de caizdir. (Velvaliciyye, Ankaravî).

293 — : Bir hanenin iki kısma taksiminde iki hisse arasındaki «hâiti» duvarı hissedarlar beyninde müşterek olarak bırakmak caiz olduğu gibi birinin mülkü olmak üzere kısmet de caizdir. Bu halde bu duvara diğerlerinin girişlerini koymağa hakkı bulunması şart edilse bu şart, taamüle binaen caiz olur. (Hamevî).

KISMETİN HÜKMLERİ :

294 — : Kısmet tamam olduktan sonra hissedarlardan her biri kendi hissesine müstakillen malik ve o hissede dilediği gibi tasarrufa sahib

olur, birinin hissesinde artık diğèrinin alâkası kalmaz.

Binaenaleyh iki kimse arasında müştèrek olan bir hane tamamen taksim olunub da birinin hissesine hanenin ebniyesi, diğèrinin hissesine o hanenin hali arsası isabet etse arsa sahibi o arsada kuyu kazar, kâriz yapar, ebniyye inşa edib dilediğı kadar yüksek çıkar ve bu ebniye, kadim ebniyenin havasını veya güneşini kapasa bile bu kadim ebniye sahibi mani olamaz. Çünkü bir kimse bir arsaya malik olunca onun havasına da malik olur. Müftabih olan budur. Eğer bu gibi zarar bahanesiyle bir kimse mülkünde tasarrufdan men edilse hiç bir malikin kendi mülkünde tasarruf edememesi lâzım gelir. Hattâ bunun içindir ki İmamı Azam'a göre hiç bir kimse kendi mülkünde tasarrufdan men edilemez, velev ki başkasına muzir olsun.

Fakat «Nasiri Saffar»a ve bir çok meşayihî islâmiyyeye göre bir arsa sahibi komşusunun havasını veya güneşini sed edecek suretde bina yapmaz, komşunun bunu men'e hakkı vardır. Maamafih yapılacak şeyin, meselâ kârizin komşuya zararı beyyini olmamak şartdır. Eğer fâhiş bir suretde zararı olursa bu vechile tasarrufdan sahibi men olunur. İmam Ebû Yûsûf'e göre mutlaka zarar vukuu men'e kâfidir. (Mecelle, Dürerül'hükkâm).

295 — : Arazi taksiminde o arazi üzerindeki dikilmiş ağaçlar ve çiftlik taksiminde üzerindeki ağaçlar ile binalar zikr edilmeksizin taksime dahil olurlar. Yani: Ağaçlar ve binalar kimin hissesinde bulunursa onun mülkü olur. Taksim vaktinde zikr ve tasrihe hacet yokdur. «Cemi-i Hukuk ve Cemi-i Merafik» ile denilmek gibi bir tâbiri umumî ile bunları ithâle de hacet yokdur. (Ankaravî).

Fakat yalnız eşcar ve ebniyenin taksiminde yeri kismete dahil olmaz. (Dürerül'hükkâm).

296 — : Gerek arazi ve gerek çiftlik taksiminde arazi üzerindeki ekinler ve ağaçlarda bulunan meyvalar zikr ve tasrih edilmedikce taksime dahil olmayıb yine müştèrek kalır. Taksim ânında gerek cem-i hukukiyle veya cemi-i merafikiyle denilmek gibi bir umumî tâbir irad olunsun ve gerek olunmasın. Çünkü bunlar arazinin hukuku, merafiki cümlesinden değildir. Nitekim harman edilmiş ekinler, toplanılmış meyvalar da bu taksime dahil olmaz. Arazinin satılmasında da hükm böyledir, üzerindeki ekinler, meyvalar satışa dahil olmaz. Kismet de bir nevi satış muamelesidir. (Hindiyye).

297 — : Maksimum, yani: Taksim edilen maldan müfrez hissenin mücavir arazide olan hakk-ı tarik ve hakk-ı mesili zikr ve tasrih olunmasa bile her halde taksime dahil olur. Yani: Bunlar kimin hissesinde vâki

olursa onun hukukundan olur, hini kısımetde gerek cemi-i hukukiyle denilsin ve gerek denilmesin.

Meselâ: Müşterek bir konağın selâmlık tarafı Zeyd'e, harem tarafı da Amr'e verilip selâmlık tarafının komşu bahçesinden hakk-ı mesili bulunsa bu hakk-ı mesil de yalnız Zeyd'e aid olur. Velevki bu husus, kısımet ânında tasrih edilmesin. (Zâhire).

298 — : Kısımet zamanında bir hissenin diğer hissede tariki veya mesili olması şart edilse bu şarta riayet edilir. (Ebüssuûd). Çünkü meşru olan şarta bikaderil'imkân riayet lâzımdır.

299 — : Bir hissenin diğer hissede tariki olup da hini kısımetde ibkası şart edilmemiş olsa bakılır: Eğer o hisseye aid tarikin başka tarafa sarf ve tahvili kabil ise sarf ve tahvil edilir. Kısımet vaktinde gerek cemi-i hukukiyle denilmiş olsun ve gerek olmasın. Ve eğer o tarikin başka tarafa sarf ve tahvili mümkün olmamakla beraber hini kısımetde «Cemi-i hukukiyle veya Cemi-i merafikiyle senindir.» denilmiş ise o tarik, kısımete dahil olarak hali üzere ibka olunur. Zira kısımetden matlub olan tek mil menfaat bu vechile husûle gelir. Amma tasrih edilmemiş ve cemi-i hukukiyle gibi bir umumî tâbir ilâve olunmamış ve kısımet ânında bu hissenin tariki olmadığı bilinmemiş ise kısımet fesh olunur. (Hindiyye, Behcetül'fetâvâ).

Bu hususda mesil de aynıyle tarik gibidir. Zira 'bu halde kısımetden maksud olan, hisselerin birbirinden alâkasının kesilmesi iken tarikin veya mesilin başka cihete tahvili ile bu maksudun husûlû mümkün olmayınca kısımet, muhtel ve fâsid olur. Artık feshden sonra her hissedarın kendisine tarik açabileceği vechile tekrar taksim yapılır. (Ebû Süud-i Mısrî).

300 — : İki kimse arasında müşterek bir hanede başka bir şahsın tariki olup da hane sahibleri o haneyi taksim edecek olduklarında tarik sahibi bu taksime mani olamaz. Fakat hane sahibleri de haneyi taksim etdiklerinde o tariki hali üzere bırakırlar.

Bu hanenin meselâ iki sahibiyle bir de tarik sahibi ittifak ederek bu hane ile beraber o tariki de satsalar bakılır: Eğer bu tarik, yalnız bir şahsın mülkü ise semmi yalnız o şahsa aid olur. Ve eğer bu tarikin rakabesi üçünün arasında müşterek, yani: Üçünün de mülkü ise yalnız tarikin semmi üçünün arasında taksim olunur. Şöyle ki: Bu tarikdeki hisseler malûm ise semmi bu hisseler göre tevzi olunur. Malûm değilse bu şeriklerin adedine itibar olunur. Çünkü bu tarike ihtiyacları müsavidir.

Şâyed bu tarikin rakabesi hane sahiblerinin olup da bir şahsın o tarikden yalnız hakk-ı müruru bulunsa her biri o tarikin semeninden hak-

kını alır, bunun semeni yalnız hane sahiblerine aid olmaz. Şöyle ki: Hane müşetemelâtiyle beraber bir kerre hakk-ı mürur ile ve bir kerre de hakk-ı mürursuz olarak takvim olunur, iki kıymet arasındaki fazla, hakk-ı mürur sahibinin olur, bākisi de hane sahiblerine verilir.

Meselâ: Bir hane tarikiyle beraber bin liraya satılıb yalnız hanenin kıymeti bin liraya, hakk-ı mürur ile beraber kıymeti ise dokuz yüz liraya müsavi olsa aradaki fazla semen olan yüz lira, hakk-ı mürur sahibinin olur. (Dürerül'hükkâm'a müracaat!.)

301 — : Mesil dahi kısmen tarik gibidir. Binaenaleyh bir müşterek hanede başka bir şahsın hakk-ı mesili olsa o haneyi sahipleri taksim edince mesili hali üzere terk ederler, bu taksime mesil sahibi mani olamaz.

Eğer müşterek haneyi sahipleri mesil sahibi ile bilittifak satarlarsa bu hakk-ı mesilin semeni sahibine aid olur. Amma mesilin rakabesi hane sahiblerinin olub da o şahsın yalnız hakk-ı mecrası bulunsa bunları bilittifak satdıkları takdirde bu mecra sahibinin hakk-ı mecrası meccanen sâkit olur. Hanenin semerinden hisse alamayacağı gibi artık hakk-ı mecrası da kalmaz. (Haniyye, Behce).

302 — : Bir konağın havlisinde başka bir şahsın menzili olub da bu menzil sahibi o havliden mürur eder olduğu halde konak sahipleri konağı taksim edecek olduklarında menzil sahibi taksime mâni olamaz. Fakat onlar da konağı taksim etdiklerinde konağın havlisinden menzilin kapısı arzında ona bir yol terk ederler. Tâ ki, oradan tarik-ı âmme veya hasse çıkıp gidebilsin.

Şâyed menzil sahibinin o havlinin muayyen bir mahallinde bir tariki var ise bu tarik, hali üzere kendisine terk edilir. (Haniyye).

303 — : İki kimse taksim olunan bir konağın iki kısmı arasında bir hâit veya bir direk olub bu hâit veya direk bir hissedarın mülkü olmak üzere taksim edilmekle bir kısmın diğer hâit veya direk üzerindeki kirişleri uçları, kablelkısma müşterek olan bu hâit veya direk üzerinde bulunduğu surette bakılır: Eğer kısmet zamanında o kirişlerin bu müşterek hâit veya direk üzerinden kaldırılması şart edilmiş ise kirişler, bu hâit veya direk sahibinin talebiyle ref' edilir. Ve illâ ref' edilemez. Veleveki bu kirişler, kısmetden evvel hassaten birinin bulunmuş olsun. (Reddimuhtar).

304 — : Bağ ve bahçe gibi arazi taksim edilip de bir kısmında bulunan ağaçların dalları diğer kısmın üzerine sarkmış olduğu surette bakılır: Eğer kısmet zamanında o dalların kesilmesi şart edilmiş ise kesilirler ve eğer şart edilmemiş veya ibkası şart edilmiş ise o dallar kesdirile-

mez. Çünkü o ağaçların sahibi bunlara o dallar ile beraber müstahik olmuşdur. (Hindiyye).

305 — : BİR mahalde hakk-ı mürura malik olan kimsenin o mahalde kapı açmağa da hakkı vardır. Binaenaleyh bir tariki hasda hakkı müruru olana bir müşterek hane taksim olundukda hissedarlardan her biri o tarika kapı ve pencere açabilir. O tarikin sair sahibleri buna mani olamazlar. Çünkü bu şeriklerden her birinin o tarikden mürura hakkı vardır.

306 — : Kabilî kısmet olan bir müşterek mülk hissedarlarından biri kendisi için diğer hissedarların izni olmaksızın bir bina yapsa o hissedarların talebi üzerine bu bina kaldırılır. Çünkü müşterek bir hissede şeriklerden biri, diğerlerinin izni olmaksızın bina yapamaz, ağaç dikemez.

Böyle bir bina yapıldıktan sonra hissedarlardan biri, kısmet talebinde bulunsa taksim yapılır. Bu halde o bina banisinin hissesini isabet ederse febiha. Ve eğer diğer hissedarların hissesine isabet ederse bu hissedar, o binayı hedm ve ref, etdirebilir; velev ki bu binaya evvelce izin verilmiş olsun. Çünkü bu izin, kendi hissesini banî veya garis olan şerikine iare mahiyetinde bulunmuşdur.

Eğer bu hissedar, o binayı veya ağacı şerikinin izni olmaksızın yapmış veya dikmiş olurda bunların kaldırılması, koparılması yüzünden şerikine aid hissenin kıymetine noksan âriz olmuş bulunursa bunları vücuda getiren hissedar, bu noksanı da o şerikine zâmin olur. (Dürrümuhtar, Kari-Hidaye fetâvâsı, Mecelle).

KISMETLERDE CARİ MUHAYYERLİKLER :

307 — : Kısmetlerde hiyarı şart, hiyarı rüyet, hiyarı ayıb, hiyarı gabrı, hiyarı istihkak ve akdi füzûlî hakkında hiyarı icazet caridir.

Binaenaleyh müşterek ve muhtelif cinslerin taksiminde şeriklerden her hangi biri hiyarı şart, hiyarı ayıb veya saire ile muhayyer olabilir.

Meselâ: Hissedarlardan biri, şu kadar kile buğday ve ona mukabil diğeri bu kadar kile arpa yahud biri şu kadar koyun ve ona mukabil diğeri bu kadar inek almak üzere müşterek malları birriza aralarında taksim etdiklerinde bu şeriklerden birisi veya her biri şu kadar gün muhayyer olmak üzere şart dermeyer edebilir. Artık o müddet zarfında muhayyer olan şerik, dilerse kısmeti kabul ve dilerse fesh eder. Nitekim bey'ide de böyle bir muhayyerlik caridir.

Kezalik: Hissedarlardan birisi, mali maksumdan hissesine düşen kısmı kablelkısmâ görmemiş ise gördükde hiyarı rüyet ile muhayyer olur, dilerse kısmeti fesh ve dilerse kabul eder.

Şeriklerden her biri, kendi hissesini kısmen bâ'î olmakla beraber kısmen de müşteri vaziyetinde olduğundan bu vaziyet bakımından hiyarı rüyet'e malik olur.

Kezalik: Hissedarlardan birisinin hissesi ayıblı çıksa muhayyer olur, dilerse bu hisseyi kabul eder, dilerse red eder.

308 — : Şeriklerden biri, kendisine isabet eden hisseyi başkasına satdıktan sonra kadîm ayıbiyle kendisine red edilse bakılır: Eğer hâkimin hükmiyle red edilmiş ise kendisi de hiyarı ayb ile kısmeti fesh edebilir. Amma rizasiyle kabul etmiş ise kısmeti fesh edemez.

309 — : Cinsleri müttehid olan kıyemiyatın birriza taksiminde de hiyarı şart, hiyarı rüyet ve hiyarı ayib carîdir. Fakat bunların kazaen taksiminde hiyarı rüyet ile hiyarı şart carî değildir. Çünkü hâkim, kısmete cebr edebileceği cihetle hissedarların bunlar ile muhayyerliğinde faide yoktur.

Meselâ: Müşterek olan yüz koyun sahipleri beyinde hisselerine göre rizalariyle taksim olundukda eğer birisi şu kadar gün muhayyer olmak üzere şart eylemiş ise o müddet zarfında kısmeti kabul edib etmemekte muhayyer olur. Ve eğer şeriklerden bazıları bu koyunların tamamını veya bunlardan hissesine isabet edenleri henüz görmemiş ise gördükde muhayyer olur.

Kezalik: Birisinin hissesine isabet eden koyunların kadîm ayıbları zühur etse muhayyer olup dilerse bu hisseyi kabul ve dilerse red eyler. Velvki bu kısmet kazaen yapılmış olsun.

310 — : Şeriklerden birisinin hissesine düşen müttehidülciñş veya muhtelifülciñş maksumun bazıları ayıblı çıkdıkda bakılır: Eğer kabz vuku bulmamış ise dilerse mecmuunu red eder, yalnız bazısını red edemez. Meğer ki şerikler razı olsunlar. Ve eğer kabz bulunmamış ise tefrikinde zarar bulunmayınca yalnız ayıblı olanı red eder, diğer şeriklerin rizaları olmadıkca cümlesini birden red edemez. Amma tefrikinde zarar bulunursa mecmuunu birden red edebilir. Mecmuunu birden kabul edince şerikinden bir şey talep edemez.

Beyi'de hiyarı aybi ibtâl eden haller, kısmetde de ibtâl eder. Beyi mebhasine müracaat!. (Mecelle, Dürerül'hükkâm).

311 — : Cinsleri müttehid olan misliyyatın taksiminde hiyarı şart ve hiyarı rüyet yoktur. Çünkü bu taksimde ifraz ciheti galibdir. Bununla her şerik, kendi hissesinin sureten ve mânen aynini almış olur. Fakat bunlarda hiyarı ayib carîdir.

Meselâ: İki kimse arasında müşterek olan bir yığın buğday taksim

olundukda şu kadar gün muhayyer olmak şartı müteber olmaz ve şeriklerden biri, hissesine isabet eden buğdayı görmemiş ise gördükde muhayyer olmaz. Amma şeriklerden birine bu buğday yığınının üst tarafından, diğerine de alt tarafından verilip de alt tarafı çürük çıksa sahibi muhayyer olur, dilerse kabul eder, dilerse red eyler. (Hindiyye).

KİSMETİN FESH VE İKALESİ :

312 — : Kısmetin tamamını, kur'aların kâmilten çekilmesiyle olacağı gibi şeriklerden her birinin hissesini bilâ kur'a birriza kabz eylemesiyle de olabilir.

Kezalik: Hâkimin hükmiyle, yani: Hisseleri tesviye ve ilzam etmesiyle olabileceği gibi şeriklerin bir zatı tevkil edip her birine hissesini ilzam etmesiyle de olabilir.

313 — : Kısmet sahihen tamam olduktan sonra artık ondan ne hissedarlar, ne de vefatlarından sonra vârisleri rücu edemezler. Fakat sahih olmayan bir kısmetden rücu olunabilir.

Meselâ: Tevliyet ve süknası vâkıfın evlâdına meşrut olan vakıf bir hane kabili kısmet olmakla evlâddan iki kimse, bu haneyi aralarında taksim etseler bilâhare bunlardan biri bu kısmeti nakz edebilir. Çünkü bu gibi vakıf yerlerin mevkufünaleyhim arasında taksimi sahih değildir. (Behce, Reddimuhtar).

314 — : Kısmet esnasında meselâ: Kur'aların çoğu çıkıp da en az ikisi kalmış olduğu halde hissedarlardan biri rücu edecek olsa bakılır: Eğer kısmeti riza ise rücu edebilir. Çünkü bu kısmetde hisselerin tefrik ve temyizi, hissedarların rizalarına mütevakkıftır. Ve eğer kısmeti kaza ise şeriklerden hiç biri rücu edemez, velevki henüz hiç bir kur'a çekilmiş olmasın. Zira hâkimin bu taksime cebren salâhiyyeti vardır, rücu faide vermez. (Hindiyye, Reddimuhtar).

315 — : Kısmetde ikale caizdir. Binaenaleyh hissedarlar, kendi rizalarıyla veya hâkimin kazasıyla kısmet yapıldıktan sonra bunu kendi rizalarıyla fesh ve ikale ederek maksumu evvelce olduğu gibi aralarında müşterek bırakabilirler. (Hindiyye).

316 — : Kısmetde gabni fâhiş olduğu bilâhare tebeyyün etse kısmet, fesh olunarak âdilâne taksim yapılır.

Meselâ: İki şerikten birisinin hissesine birriza veya bilkaza yüz lira kıymet takdir edilmiş iken bu hissenin elli lira kıymetinde olduğu şahadetle veya diğer şerikin ikrariyle veya yemininden nükûliyle zahir olsa

yapılmış olan kısmet, fesh edilir. Çünkü kısmetin âdilâne olması şartdır.

Bir hissedâ galat vukuuna veya hududunda muhalefet vukuuna veya bir hissenin teslim edilib edilmediğine dair dâvalar da muteberdir. Bu gibi dâvalarda bizzat kassamların şahadetleri de makbuldür.

317 — : Vârislerin arasında terekenin taksiminden sonra muteveffanın borcu zuhur etse kısmet, fesh olunur. Çünkü deyn, irsden mukaddemdir, velev ki dâyin, bu kismete riza göstermiş olsun. Şu kadar var ki, vârisler borcu kendi rizalariyle eda ederlerse veya müteveffanın borcuna kâfi başka malı zuhur ederse veya alacaklı alacağından vârisleri ibra ederse artık kismeti feshe mahal kalmaz.

Badelkısmeye mûsalih veya başka vâris zuhur ettiği takdirde de kısmet, fesh edilebilir. (Dürer., Ankaravî).

MUHAYEEYE = MENFAATLERİN TAKSİMİNE AİD MESELELER:

318 — : Menfaatleri taksimden ibaret olan muhayee, mekillât, mevzunat, gibi misliyyatda carî olmayıp yalnız kıyemiyyatda carî olur, o şart ile ki ayinleri bâkî olduğu halde kendileriyle intifa mümkün ola. Misliyyatda ise ayinleri bâkî olduğu halde kendileriyle intifa mümkün değildir.

319. — : Muhayee, iki nevidir. Biri: «Zamanen muhayee» dir. Diğeri de «Mekânen muhayee»dir. Şöyle ki: İki kimse, aralarında müşterek araziyi bir sene biri, diğer sene de diğeri ekmek veya kiraya vermek veya müşterek bir hanede bir sene biri, diğer sene de diğeri oturmak veya onu kiraya vermek üzere muhayeede bulunsalar zamanen muhayee vücuda gelmiş olur.

Bilâkis müşterek arazinin yarısında biri, diğer yarısında da diğeri ziraatde bulunmak veya hanenin bir tarafında biri, diğer tarafında da diğeri ikamet etmek üzere muhayeede bulunsalar mekânen muhayee husûle gelir.

Müşterek iki hanenin birisinde biri, diğerinde de diğeri oturmak veya bunları kiraya vermek üzere yapılan muhayee de mekânen muhayee kabilindendir. (Fuküstânî).

320 — : Şerikler, muhayeenin zamanen veya mekânen yapılmasında ihtilâf etseler, bazı zatların beyanına göre hâkim, zamanen muhayeeye cebr edebilirse de mekânen muhayeeye cebr edemez, bu caiz değildir.

Vakıa mekânen muhayee, zamanen muhayeeden daha âdilânedir. Çünkü bunda şeriklerden her biri müşterek mallarından aynı zamanda intifa ederler. Fakat zamanen muhayee, mekânen muhayeeden ekmeldir. Zira

bunda şeriklerden her biri müşterek malın tamamından intifa ederler.

321 — : Bir müşterek hayvanı sahipleri bil'münavebe meselâ: Altı-şar ay kullanmak üzere zamanen muhayee caiz olduğu gibi iki müşterek hayvandain birini bir şerik, diğerini de diğer şerik binmek veya yük taşımak suretiyle kullanmak üzere muhayee de caizdir. Bu muhayee, imameyne göre hem rizaen, hem de kazaen caizdir. İmamı Azam'a göre binmek üzere muhayee rizaen caiz ise de kazaen caiz değildir. Çünkü binmek râ-kiblerin tefavütiyle mütefavit olur, tesviye tahakkuk edemez. (Hidaye, Abdül'halîm, fetâvâsı).

322 — : Müşterek bir hayvanın istiğlâl = Kiraya vermek üzere muhayeesi bilittifak caiz değildir. Bunda madeleti temin mümkün değildir. Fakat iki müşterek hayvanda istiğlâl üzere muhayee, imameyne göre caizdir.

Kezâlik: İki kimse arasında müşterek iki libasdan birini bir şerikin, diğerini de diğer şerikin giymesi üzere muhayee de imameyne göre caiz bulunmuştur. (Ebüssuûd, Reddimuhtar).

323 — : Ayan üzerine muhayee caiz değildir. Çünkü menfaatleri seriüzzevâl olduğundan onlarda muhayee müstahsen görülmüştür. Ayınler ise devam edib taksimi kabil olduğundan bunlarda muhayee zarureti yoktur.

Meselâ: Müşterek ağaçların meyvaları, müşterek hayvanların südleri ve yünleri ayandan olmakla müşterek ağaçlardan bir miktarının meyvasını şeriklerden biri, diğer miktarının meyvasını da diğeri devşirmek ve müşterek koyunlardan bir sürünün südünü ve yününü biri, diğer sürünün südünü ve yününü de diğeri almak üzere muhayee yapsalar sahîh olmaz. Belki bu hâsılat yine aralarında müşterek olur. Bunun için çare, şeriklerden biri, bu hâsılatdan diğer şerikin muayyen bir müddetdeki hissesini satın alır, bu müddetden sonra kendi muayyen hissesini de o diğer şerike satar. Bu suretle her biri bir muayyen müddetle o hâsılatın mecmuundan istifade etmiş olur. (Ebüssuûd, Mecmaül'enhür, Dürrümuhtar)

MUHAYEENİN İFRAZ VE MÜBADELE MAHİYETİNDE OLMASI :

324 — : Muhayee, minvechin ifraz ve minvechin mübadeledir.

Maamafih zamanen muhayeede mübadele ciheti galibdir. Şöyle ki: Bir hissedağın kendi nöbetindeki hissei menfaati, diğer hissedarın nöbetindeki hissei menfaatıyla mübadele edilmiş olur. Bu cihetle zamanen muha-

yee icare hükmündedir. Binaenaleyh zamanen muhayee de şu kadar gün veya şu kadar ay gibi bir müddet zıkr ve tâyin olunmak lâzımdır ki, muhayee fâsîd olmasın.

325 — : Mekânen muhayee de, ifraz ciheti galibdir. Şöyle ki: İki hissedarın, meselâ: Bir müşterek konakda olan menfaatleri şâyi, yani: O konağın her cüz'üne şâmil iken muhayee ile iki hissedardan birinin menfaati o konağın bir kıt'asında, diğerinin menfaati de diğer kıt'asında cem edilmiş olur. Binaenaleyh mekânen muhayee de müddet zıkr ve tâyini lâzım değildir. Çünkü bu muhayee de menafîin mekânı malûm olduğundan menafî de malûm bulunmuş olur, ayrıca müddet tâyinine ihtiyaç yoktur. (İnaye, Dürer.).

326 — : Gerek zamanen ve gerek mekânen muhayee de hissedarlar ihtilâf ettikleri takdirde aralarında kur'a çekilerek hangisinin evvel intifa edeceği veya hangisine hangi kısmın aidiyeti tâyin edilmelidir. Hissedarların kalblerini tatyib için hâkimin böyle kur'a çekmesi evlâdır. Maamafih hâkim bunları kur'asız da tâyin edebilir. (Hindiyeye, Reddimuhtar).

327 — : Müşterek ve müteaddid şeylerin sahiblerinden biri muhayee isteyib de diğeri imtina ettikde bakılır: Eğer o müşterek şeyler, cinsleri müttehid ayan gibi müttefikül'menfaa iseler muhayeeye cebr olunur. Ve eğer muhtelifül'cins ayan gibi muhtelifül'menfaa iseler muhayeeye cebr olunmaz.

Meselâ: Bir mevzide bulunan iki müşterek haneden birisinde şeriklerden biri, diğerinde de diğeri oturmak veya bunlardan birinin gallesini biri, diğerinin gallesini de öbürü almak üzere ve yahud iki müşterek hayvandan birini biri, diğerini de öteki şerik kullanmak üzere şeriklerden biri muhayee isteyib diğeri imtina eylese muhayeeye cebr olunur. (Abdülhalim).

328 — : Bir veya iki hayvanın gallesinde muhayee bitterazi olsa da caiz değildir.

Bir veya iki müşterek hayvanda amanen veya mekânen bilekaza muhayeenin cevazı imameyne göredir. İmamı Azam'a göre bu hayvanlarda cebren muhayee caiz değildir. Çünkü bunların istimâli râkiblerinin ihtilâfına göre muhtelif olur. Bazı râkib hayvana zahmet vermediği halde diğer bazıları cehaletinden dolayı hayvanı güzel istimâle kâdir olamaz. (Dürer., Mecmaül'enhür). Mecelle'de imameynin kavli alınmıştır.

329 — : İki şerikden biri müşterek bir hanede oturub diğeri de yine müşterek hammamı kiraya vermek yahud biri müşterek hanede otu-

rub diğeri müsterek araziyi kendi hesabına ekmek üzere bitterazi muhayeede bulunmaları caiz ise de biri bu vechile muhayeeden imtina ederse muhayee yapılamaz. Çünkü bunlar muhtelifül cins, muhtelifül menfaa şeylerdir. (Dürerül'hükkâm).

330 — : Taksimi kabil olan müsterek bir mal sahiblerinden biri kısmet, diğeri ise muhayee talebinde bulunsa kısmet hakkındaki taleb, tercih olunur. Çünkü menfaati istimâl hususunda kısmet, muhayeeden daha kuvvetlidir. (Netayicül'efkâr).

Bu müsterek malın sahiblerinden hiç biri kısmet talebinde bulunmadığı halde içlerinden biri muhayee isteyib de diğerleri imtina etseler hâkim tarafından muhayeeye cebr olunur. Şâyed muhayeeden sonra bir kısmı kısmet talebinde bulunursa muhayee fesh olunarak taksim yapılır. (Hidaye, Hindiyye).

331 — : Taksimi kabil olmayan bir müsterek malın sahiblerinden biri muhayee isteyib de diğeri muhayeeden imtina etse muhayeeye cebr olunur. Meğer ki bu muhayee, tatili mülkü mucib olsun, o takdirde cebr olunamaz.

Mese Bir tarik, iki kimse arasında müsterek olub birinin mülküne iysal decek başka tarik bulunmasa bu tarik hakkında muhayee yapılamaz (Mecmaül'enhür, Mecelle şerhi: Atıf Efendinîn.)

332 — : Sefine, değirmen, han, hammam, kahve han gibi kiraya verilip ücretle müntefi olduğu müsterek akarlar, taliblerine kiraya verilip ücretleri hissedarlar arasında hisselerine göre taksim olunur. Hissedarlardan biri, hissesini kiraya vermekden kaçınsa muhayeeye cebr olunur. Çünkü bir hissedar, yalnız kendi hissesini kiraya veremez. Fakat birinin nöbetinde gallesi, yani kira bedeli ziyade olursa bu ziyade hissedarlar beyninde taksim olunur. Zira bu akarda galle fazlası, hissedarlar arasında müsterekdir. (Ankaravî, Hâmidîyye).

333 — : İstimâl üzere yapılan muhayeede hissedarlardan her biri zamanen muhayeeden sonra kendi nöbetinde müsterek akarın ve mekânen muhayeeden sonra kendi hissesine isabet eden parçayı bizzat istimâl edebileceği gibi başkasına icar ile ücretini kendisi için ahz da edebilir, şeriki bundan hisse alamaz. Çünkü her hissedarın nöbetinde menafi kendi mülkünde hâdis olmuş olacağından bu menafii başkasına temlike salâhiyyeti vardır. Bu temlikin muhayeede şart edilib edilmemesi müsavidir.

Bu, Şemsül Eimmetis Serahsiye göredir. Mecelle'de de ihtiyar edilmiştir. Diğer bir kavle göre sükna üzerine muhayeede kiraya vermek şart edilmemiş bulunursa icar cihetine gidilemez (Tatarhaniyye, Abdülhalim fetâvâsı).

MUHAYEENİN SURETİ İFASI VE FESHİ :

334 — : Muhayee, ya ibdidaen menafi ve istimâl üzerine veya ibtidaen istiğlâl üzerine yapılır. İbtidaen menafi ve istimâl üzerine muhayee yapıldıktan sonra hissedarlar kendi nöbetlerini kiraya verib de birinin nöbetinde kira bedeli ziyade olsa diğer hissedar o ziyadeye ortak olamaz. Çünkü bu vechile muhayeede hissedarlar arasında muadele hâsıl olduğundan bilâhare husûle gelecek ziyade bu muadeleye zarar vermez.

Amma ibtidaen istiğlâl üzere muhayee yapılmış olunca bakılır: Eğer yalnız bir müşterek hanenin kirasını bir ay biri ve bir ay da diğeri almak üzere muhayee yapılmış ise fazlası müşterek olur. Fakat iki haneden birinin gallesini biri, diğerinin gallesini de diğeri almak üzere muhayee yapılmış ise bunlardan bir hanenin gallesi ziyade olunca diğer hissedar ona müşarık olmaz. Çünkü hane bir olunca şerikler bu müşterek haneden bir zamanda menfaati istifa etmeyib aletteakub istifa ettikleri için bu karz gibi itibar olunur, yani: Bir şerik bir ayın gallesinden kendi hissesini diğer şerike — bu şerikin diğer aydaki hissesinden istifa etmek üzere — ödünç vermiş sayılır. Bu halde ödünç miktarı istifa edilince bâkisi müşterek olur. Bu muhayeede muadele ancak bu suretle tahakkuk eder.

Amma hane iki olunca menafiin istifa zamanı müttehid olmakla onda ifraz ve temyiz ciheti râcihtir. Bu halde her hissedarın kendi mukadder menafiinde husûle gelen ziyade kendisine aid olur. (Hidaye, Kâfi, Fethül'mu'in).

335 — : Hissedarlar, kendi aralarında bitterazi zamanen veya mekânen muhayee yapıldıktan sonra bu muhayeeyi yalnız birisi fesh edebilir, vevki bir özre mebni olmasın. Fakat hissedarlardan biri, kendi nöbetini veya kendi hissesini başkasına kiraya vermiş olursa kira müddeti nihayet bulmadıkca diğer hissedarlar muhayeeyi fesh edemezler. Çünkü bu mecura müstecirin hakkı taâllük etmiştir, müstecir razı olmadıkca bu fesh yapılmaz. (Tatarhaniyye).

336 — : Hâkimin hükmiyle yapılmış olan bir muhayeeyi hissedarlardan yalnız biri, satmak gibi bir özür bulunmadıkca fesh edemez. Çünkü fesh etse hâkime müracaatla muhayee iade edilebileceğinden bu feshde faide yoktur.

Fakat hissedarlardan biri, hissesini satmak veya taksim eylemek istedikde muhayeeyi fesh edebilir. Amma müşterek malı mücerred eski haline iade etmek üzere şebbsiz yere muhayeeyi fesh edecek olsa kendisine

hâkim müsaade etmez. (Tatarhaniyye).

337 — : Hissedarlardan birinin veya hepsinin vefatıyla muhayee bâtil olmaz. Belki muhayee vârisler arasında devam eder. Çünkü bu muhayee hissedarlardan veya vârislerden birinin talebiyle iade edileceğinden bâtil olmasında faide yoktur. (Hidaye).

MÜSTEREK MALLARIN TAMİRATINA VE SAİR MESARİFİNE AİD MESELELER :

338 — : Eşhas arasında veya eşhas ile evkaf beyninde müşterek olan bir mülk tamir ve termime muhtaç olunca sahibleri hisselerine göre biliş-tirâk tamir ederler. Çünkü garamet, ganimete göredir.

Hissedarlardan biri, diğerinin izniyle kendi malından kadri maruf para sarf ederek müşterek mülkü şirket hesabına tamir etse şerikin hissesine masraftan ne isabet ederse onu şerikinden alır. Şerikin bu isabet edecek mikdarı ödeyeceğini dermeyan etmiş olmasına hacet yoktur. (Hülâsa).

339 — : Tamire muhtaç olan müşterek mülkün sahiblerinden biri gaib olup da diğeri onu tamir etmek isteyince hâkimden izin alır. Bu izin o gaib şerikin izni makamına kaim olur. Binaenaleyh masraftan hissesiyle o gaibe rücu eder. (Hülâsa).

340 — : Bir kimse, şerikinden veya hâkimden izin istihsâl etmeksizin müşterek mülkü kendi kendine tamir etse müteberri sayılır, masrafını kısmen şerikinden alamaz. O mülkün gerek kısmeti kabil olsun ve gerek olmasın: (Tenkih-i Hâmidî).

341 — : Bir kimse, kabili kısmet olan büyük konak ve han gibi müşterek bir malı şerikin imtinasına rağmen kendisi hodbehod tamir etse müteberri olur, şerikine tamir masrafından hissesiyle rücu edemez. Bu kimse, şerikin bu imtinasına mebni hâkime müracaat etse hâkim, tamire cebir edemez. Çünkü bu cebir, şerikin zararına badi, hakk-ı mülkiyyetine bir nevi tecavüzdür. Şu kadar var ki, o kimse de kendini zarardan kurtarmak isterse o malın cebren taksimini talep edebilir, kısmetden sonra kendi hissesinden dilediğini yapar. (Tenkih-i Hâmidî).

342 — : Diğermen, hammam, duvar gibi kabili kısmet olmayan müşterek bir mülk tamire muhtaç olup sahiblerinden bir kimse, tamir etmek istediği halde şeriki imtina etse tamire icbar edilemez. Belki o kimse hâkimin izniyle kendi tarafından kadri maruf para sarf ederek tamir eder ve masraftan şerikin hissesine isabet eden para, kendisinin ondan alacağı

olur. Bu müşterek mülkünü kiraya verib ücretinden alacağını istifa edebilir. Fakat hâkimden istizan etmeksizin tamir etmiş olursa sarf ettiği kadarı marufa bakılmayıp ancak tamiratın tamir vaktindeki kıymetinden şerikin hissesine isabet eden mikdarı o müşterek mülkü kiraya vermek suretiyle ücretinden istifa edebilir.

Meselâ: O mülk, tamirden evvel bin lira, tamirden sonra da bin yüz lira kıymetinde bulunsa aradaki yüz lira tamiratın kıymeti olur. Tamir eden şerik, diğer şerike bundan hissesine isabet eden mikdar ile rücu eder. Bilfarz bunlar bu mülkte münasefeten müşterek bulunsalar, bu yüz liranın yarısıyla rücu edilir, fazla masraf, teberrü sayılır.

Şayet sarfiyyat, bu kıymetden az bulunursa zâhir olan kavle göre bu sarfiyyatın yarısıyla rücu edilir. Diğer bir kavle göre masraf yapan şerik, bu farka malik olacağından bunun yarısını şerikine temlik etmek için vâki tamirat kıymetinin yarısıyla rücu müstahik olur. (Hamevî, Dürerül'hükâm).

343 — : Değirmen, hammam gibi kabili kısmet olmayan müşterek bir mülk bilküllüye yıkılıp veya yanıp da sırf arsa kaldığı halde sahiblerinden biri bina etmek isteyip de diğeri imtina etse binaya cebr olunamaz. Çünkü bir zarar, kendi misliyle izale edilemez ve bir insan kendi mülkünün slâhına icbar edilemez. Bu halde arsa kabili kısmet ise sahiblerinden birinin talebine binaen taksim olunur. (Hamevî, Ankaravî).

344 — : Fevkanisi birinin, tahtanisi de diğerin mülkü olan ebniye münhedim veya muhterik olsa her biri kemafissabık ebniyesini yapar, biri diğesine mani olamaz. Fevkanî sahibi, tahtanî sahibine: «Sen ebniyeyi ni yap ki, üzerine ben de ebniyyemi yapayım.» deyip de tahtanî sahibi imtina etse buna hapis ile veya darb ile cebr olunamaz. Belki fevkanî sahibi, hâkimden izin alarak tahtanî ve fevkanî ebniyyeyi inşa etse tahtanî sahibini — masraftan hissesini verinceye kadar — tahtanide tasarruftan, meselâ orada ikametden men eder. Bu halde bu tahtanî kısmı, fevkanî sahibinin elinde rehin gibi olur. (Ankaravî).

Şâyed tahtanî sahibi, bunu hadm ederse binaya cebr olunur. Fakat fevkanî sahibi, kendi ebniyyesini hadm ederse binaya cebr olunamaz. Çünkü fevkaninin vücudu, bekası tahtaniye mütevakkıftır, tahtaninin mevcudiyeti, devamı ise fevkanîye mütevakkıf değildir. (Bedayi).

345 — : İki komşu arasında münasefeten müşterek bir duvar üzerinde iki tarafın köşk ve giriş uçları gibi hamuleleri olduğu halde duvar

münhedim olub duvarın enli olmamasından dolayı arsası kabili taksim bulunmasa da birinin imtinaı üzerine diğeri hâkimden bilistizan bina eylese şeriki masrafinın yarısını tediye edinceye kadar o duvar üzerine hamule vaz'ından menedilebilir.

Duvar münhedim olmayıb da şerikler onu müttefikan hadm etmişler ise hükm yine böyledir. Hâkimden izin almaksızın bina edildiği takdirde masrafa bakılmaz. Binanın inşa vaktindeki mebniyyen kıymetinin yarısı istifa edilinceye kadar imtina eden şerik, hamulesini vaz etmekden menedilebilir.

346 — : Münhedim olan duvarın arsası enli olub da ledetaksim her şerik, kendi hissesine ebniyyesinin hamulesini vazdebilecek bir halde bulunsa taksim cihetine gidilir. Bir şerik, bu cihete gitmeyib de duvarı bina etse masrafını müteberri olur. Çünkü bu vechile binaya muztar değildir. (Hülâsatü'l-fetâvâ, Reddimuhtar).

347 — : İki hane arasındaki müşterek duvar, münhedim olub da birinden diğerinin makarrı nisven olan mahalli görünüyör olduğu cihetle birinin sahibi bu duvarı müştereken bina etmek istediği halde diğerinin sahibi imtina eylese binaya cebr olunmaz. Bu halde duvarın arsası kabili kısmet ise bittaleb taksim olunur, kabili kısmet değilse tahtadan yahud sair bir şeyden biliştirâk aralarında bir sütire ittihaz etmeleri için ledetaleb hâkim tarafından cebr olunur. (Haniyye).

Bu münhedim duvar, iki hane sahibi arasında müşterek olmayıb yalnız birinin mülkü olduğu takdirde de bu hükmüdedir. (Ali Efendi fetâvâsı).

348 — : İki komşu arasında müşterek olan duvara vehn gelib de yıkılmasından korkulmakla biri yıkdırılmasını istediği halde diğeri imtina etse biliştirâk hadm etmemeleri üzerine cebr olunur.

Böyle inhidama mail bir duvar, iki kimse arasında müşterek olmakla beraber bu duvar üzerinde yalnız birisinin hamulesi bulunmakla diğeri: «Hamuleni kaldır, duvarı hadm edelim, inhidamiyle birimize mazaratı olmasın.» diye tenbih ve işhadda bulunsa da bâdehu hamule sahibi hamulesini kaldırmayıb duvar münhedim olarak tenbih eden şerike zarar verse bu zararımın yarısını hamule sahibine tazmin etdirebilir. (Haniyye).

349 — : İki çocuk veya iki vakf arasında müşterek olan bir akar, tamire muhtaç olub da hali üzere ibkası çocuklara veya vakıflara muzir olduğu halde iki vasiden veya iki mütevelliden biri, tamir etmek isteyib de diğeri imtina eylese vesayetden ve tevliyyetden azl olunarak yerine tamir edecek başka bir vasi ve mütevellî nasb olunur. Vasi veya müte-

velli hâkimden istizan etmeksizin tamir ederse müteberri olur.

Meselâ: İki çocuğun haneleri beyninde bir müşterek duvar olub da bu duvarın yıkılmasından korkularak birinin vasisi, tamir etmek istediği halde diğerrinin vasisi imtina eylese hâkim tarafından bir emin zat gönderilerek bakılır: Eğer duvarın hali üzere terki takdirinde çocuklar hakkın da zarar tahakkuk edeceği malûm olursa imtina eden vasiye diğerr vasi ile müştereken çocukların malından o duvarı tamir etmek üzere cebr olunur. Bir vasi veya müteveli, çocuğun veya vakfın mütazarrır olmasına razı olamaz.

350 — : İki vakf beynindeki müşterek olan bir hane, vevvki kabili kısmet olsun tamire muhtaç olub da mütevellilerden biri tamir etmek istediği halde diğerr imtina eylese vakfın malından tamir etmek üzere hâkim canibinden kendisine cebr olunur. Fakat diğerr müteveli, bunu hodbehod tamir ederse müteberri sayılır. Çünkü bu hususda muztar bir vaziyette bulunmuş değildir.

351 — : Bir hane vakıf ile mülk beyninde müşterek olub da tamirsiz terki, mülke muzir olduğu halde vakfa muzir bulunmasa müteveli tamire cebr olunamaz. Bilâkis vakfa muzir olsa müteveli imtina edince cebr olunur. Vakıfda galle mevcud olmasa müteveli hâkimin izniyle vakf için istidane edib tamire sarf eder. (Hayriyye, Reddimuhtar).

352 — : İki kimse arasında bir hayvan müşterek olub da şeriklerden biri onu beslemekten imtina etmekle diğerr hâkime müracaat eylese hâkim, imtina eden şerike: «Ya hisseni şat veya müştereken hayvanı besle.» diye emr eder. Çünkü aksi takdirde müracaat eden şerik, mütazarrır olacaktır. Maamafih hâkim, bu müracaat eden şerike hayvanı besleyib hissesini bilâhare almak üzere izin de verebilir. Fakat bu şerik, hayvanı hodbehod beslerse müteberri olur. (Tatarhaniyye, Hindiyje, Reddimuhtar)

MÜŞTEREK VE GAYRI MÜŞTEREK IRMAKLARIN ISLAHINA DAİR MESELELER :

353 — : Nil ve Fûrat gibi memlûk olmayan nehirlerin geriy ve ıslahı, yani: Hafri, ayıklanması beytül'mâl üzerinedir. Çünkü bunlar, âmme maslahatı icablarındandır. Fakat beytül'mâlde bu gibi işlere sarf edilecek para bulunmazsa bunları ayıklamak nasa bir vazife olur. Bundan imtina ederlerse kendilerine cebr olunur. Zira zararı âmmi def' için buna ihtiyaç vardır. Buralarda bizzat çalışarak takımdan olmayan zengin kimseler, bunun mesarifini vermekle mükellef tutulurlar. (Zeylei, Reddimuhtar).

354 — : Mem'lûk olan müşterek nehirlerin ayıklanması, bunların sahibleri, yani: O nehirlerden hakk-ı şirbleri olanlar üzerine lâzım gelir. Yoksa hakk-ı şefe ashabı bunların hafri ve ıslahı meunetine teşrik edilemez. Çünkü bunların rakabeleri, hakk-ı şirb ashabına aiddir. Hakk-ı şefe ashabı ise gayrı mahduddur ve mücerred ibahe tarikiyle bunlardan istifadeye müstahikdirler. (Reddimuhtar, Mecmaül'enhür).

355 — : Hakk-ı şirb, sahiblerinden bazıları müşterek nehri hafr ve ıslah etmek istedikleri halde bazıları bundan kaçınırsalar bakılır: Eğer bu nehir, minvechin âmm ise bu kaçınanlara sairleriyle biliştirâk ayıklamak üzere cebr olunur, yoksa ayıklanması beytül'mâle aid olmaz. Çünkü bunun menfaati bu şeriklere aiddir.

Fakat, bu, bir nehri hass ise ayıklamak isteyenler, hâkimin izniyle o nehri ayıklayıp imtina eden şeriki — masraftan hissesine düşen miktarı verinceye kadar — o nehirde hakk-ı şirb ile intifadan menederler.

İmam-ı Âzam ile İmam Ebû Yüsûf'e göre şeriklerden birinin imtina mebnî diğerleri hâkimden izin almaksızın hafr ve ıslahda bulundukları takdirde de hükm böyledir, o şeriki menedebilirler. İmam Muhammed'e göre ise hâkimin izni olmaksızın hafr ve ıslahda bulunurlarsa müteberri olacaklarından imtina eden şeriki intifadan menedemezler. Müftabih olan da budur. (Hidaye, Reddimuhtar).

356 — : Hakk-ı şirb ashabının kâffesi, malik oldukları müşterek nehri ayıklamakdan imtina etseler bakılır: Eğer bu nehir, bir nehri âmm ise ayıklamak üzere kendilerine cebr olunur, ve eğer hass ise cebr olunamaz. Çünkü bunların menfaati yalnız bunlara râci ve ıslahını terkden mütevellid zarar da kendilerine müteveccih olacağı cihetle icbara lüzum yoktur. Maamafih müteehhir fukahadan bazılarına göre bu halde de cebr olunur. (Hizane, Reddimuhtar).

357 — : Gerek Fûrat, Dicle gibi memlûk olmayan ve gerek memlûk olan nehri âmmın kenarında bir kimsenin yeri olub da su içmek ve nehri ıslah etmek gibi ihtiyaçlar için başka yol bulunmasa âmm o yerden mürur edebilir, sahibi bu mürura mani olamaz. Çünkü bu suretle zararı hass iltizam edilerek zararı âmm defedilmiş olur. (Camiül'füsûleyn).

358 — : Müşterek nehirlerin gerek âmm olsun ve gerek olmasın meuneti, hafr ve ıslahı masrafı yukarıdan başlar ve ibtida cümle hissedarlar bu masrafta müşarık olurlar ve en üst taraftaki hissedarın arazisinden geçildikde İmam-ı Âzama göre o hissedar halâs olur, ondan sonraki kısmın merafikine iştirâk etmez. Çünkü o kısımda onun faidesi yoktur. Müftabih olan budur. İmameyne göre ise bu gibi nehirlerin mesarifinde başdan

sonuna kadar bütün şerikler ortak olurlar. Zira üst taraftaki hissedar, fazla suyunu aşağıya akıtmağa mecburdur.

İmamı Âzama göre sırasıyle nehrin aşağısına kadar inilir. Yani: bunun mesarifinden evvelâ birinci şerik, sonra ikinci şerik daha sonra üçüncü şerik ilâhîrihi halâs olur. Zira garamet, ganiteme göredir.

Meselâ: On kimse arasında müşterek olan bir ırmak ayıklanacak oldukça en üst taraftaki hissedarın arazisi nihayetine kadar olan parçaya aid mesarif, cümlesinin üzerine lâzım gelir. Bu üst taraftaki şerikin mesarifi cümlesinin üzerine lâzım gelir. Ve bu üst taraftaki şerikin kendi arazisinin mabadinde menfaati kalmayacağı cihetle o, beri olub andan sonraki mesarif dokuzu üzerine lâzım gelir. Bu ikincisinin arazisi dahi geçildikçe o da beri olub ondan sonraki masraflar sekizi üzerine taksim edilir. Sonra bu siyak üzere gidilir ve en aşağıdaki hissedar cümlesinin masrafında müşarık olarak en sonra kendi hissesini yalnız kendisi yapar. Çünkü o hissedar, bu ıslahat kendi arazisine kadar devam etmedikce bu nehirde müstefid olamaz. Bu cihetle en yukarıdaki hissedarın masrafı hepsinden az ve en aşağıdaki hissedarın masrafı da cümlesinden ziyade olur. (Reddimuhtar, Mecmaül'enhür).

359 — : Nehri âmden hark ve cedvel ile su alan köy ahali bu nehri tathir ve ıslah eder de bir kariyenin hark ve cedvelinin ağzına vâsıl olunca artık bu nehrin mütebâki mesarifinden kurtulurlar, arazilerinin müntehasına kadar bu nehri başkalariyle birlikde ayıklamaya mecbur bulunmazlar.

360 — : Müşterek kârîzi veya bir evde bulunan çeşme veya abdestlik gibi suları müşterek şeylerin mecrasını ayıklatmak meuneti, — müşterek nehirlerin aksine olarak — aşağıdan başlar. Çünkü kârîz veya çeşme sahibi bunların aşağıdaki mecrasına muhtaçdır.

Binaenaleyh yukarıdakiler, en aşağıdaki hissedarın arsasındaki kârîz veya mecra mesarifinde iştirâk ederler, ve ondan yukarı geçildikde o hissedar masrafdan kurtulur. Zira onun kirli suları yukarıdaki yerlere cereyan etmez. Artık bu vechile birer birer kurtularak en yukarıdaki hissedar, kendi hissesini yalnızca olarak yapar, bu vechile en aşağıdaki hissedarın masrafı hepsinden az olur. (Reddimuhtar).

361 — : Tariği hassın tamiri de kârîz gibi aşağıdan başlar ve ağzı, yani: Tariği hassın medhali aşağı, müntehası da yukarı ad ve itibar olunur.

Binaenaleyh tariği hassın ağzında bulunan hissedar yalnız kendi hissesine aid olan tamir mesarifine ortak olur, kendisinin hanesi, saha-i mül

kü geçildikde o tamirden halâs olur. Çünkü bu yolun ağzındaki hissedarın, kendi hissesinden yukarı bulunan kısımdan intifaa hakkı yokdur hattâ o kısma mürur bile edemez. Bu yolun müntehasında bulunan hissedar ise her birinin mesarifine iştirâk etdikden başka kendi hissesini de yalnız kendisi yapar. (Hindiyye, Dürerül'hükkâm).

362 — : Tariki hâssın tamiri, rakabesine malik olanlar üzerine lâzım gelir, yoksa o tarikden mücerred hakk-ı müruru bulunanlar üzerine lâzım gelmez, bunlar onun tamirine iştirâk etmezler. Zira meunet, etbaa değil, usul üzerine vacibdir. (Hindiyye, Hayriyye, Mecelle-i ahkâm-ı adliyye).

MALİKÎLERE GÖRE KISMET :

1 — : Malikî fukahasinca kismetler kismet-i muhayee, kismet-i terazi ve kismet-i kur'a namıyla üç nevidir. Şöyle ki:

(A) Muhayee, kismet-i menafi demektir ki, müşterek bir köleyi şeriklerin meselâ birer ay nöbetle istihdam etmeleri veya müşterek bir haneden birer sene oturmaları gibi.

İki köleden her birini bir şerikin istihdam etmesi veya iki haneden her birinde bir şerikin ikamet eylemesi de bu kabildendir.

Müşterek bir hayvan veya köle gibi şeylerin teceddüd eden gallelerinde muhayee caiz değildir. Bunlar bir inzibat altında bulunmazlar. Fakat kiralari malûm, muttarid olan hayvanların, hanelerin veya değirmenlerin kiralari hakkında muhayee caizdir.

Muhayee, teceddüd ve tahavvül etmesi itibariyle bir nevi icare gibidir.

(B) : Kismet-i terazi, şeriklerin aralarındaki müşterek malları birriza taksim etmeleridir. Bu mallar mütemasil ve mütehalif olabilirler. Bu taksimin tâdil ve takvimden sonra yapılabilmemesi müsavidir. Bu taksim, gabından dolayı reddedilemez. Meğer ki bir takvim = Hisselere kıymet takdiri neticesinde yapılabilmemesi aradan çok zaman geçmemiş olsun. Bu halde kismet, gabından dolayı reddedilebilir.

Kismet-i terazi, minvechin beyi' gibidir, minvechin de hakları temyiz mesabesindedir, beyide carî olmayan tesamüh bu kismetde carî olur.

(C) : Kismet-i kur'a, bu, şeriklerin müşâen müşterek oldukları şeylerdeki haklarını temyiz ve ifraz mahiyetindedir, yalnız mütecanis veya mütemasil olan şeylerde carî olur, muhtelif şeylerde carî olmaz.

Meselâ: Bir mikdar buğday veya bir sığır ile bir manda hakkında bu kismet carî olabilir. Fakat bir hayvan ile bir mikdar buğday arasında carî olamaz.

2 — : Kismet-i kur'ada hakları ifraz için bir kasımın bulunması ka-

fidir. İki olması ise eftaldir. Fakat maksumun eczasını tâdil, kıymetlerini takvim ve tâyin edecek olan mukavvimin müteaddid olması lazımdır.

Kassamın ücreti şeriklerin adedine göre tevzi edilir. Meselâ: azahlarına göre değil, çünkü az hisselerin temyiz ve ifrazındaki zahmet de çok hisselerin temyiz ve ifrazındaki zahmet gibidir. Maamafih kassam olan zat, beytül'mâlden bir ücret almamakda ise şeriklerden ücret alması mekruhtur. Çünkü bu, mekârimi ahlâka münâfidir. Beytül'mâl'den ücret aldığı takdirde ise şeriklerden ayrıca ücret alması haramdır.

Kısmet-i kur'a, gâbn vukuu takdirinde fesh edilebilir.

3 — : Akar, siyab, hayvan gibi şeylerin taksimi kıymetlerine göre yapılır, bahçede bulunan muhtelif ağaçlar hakkında yapılan kısmet gibi. Meğer ki maksumun efrad ve eczası arasında ihtilâf bulunmasın o halde aded ile, mesaha ile, keyl veya vezn ile taksim yapılır.

4 — : Müteaddid kimseler, bir takım köylere veya hanelere veya arazi ile su menbalarına müştereken malik olmakla içlerinden bazıları bunlardaki hisselerinin bir yerde cem edilmesini, bazıları da her birindeki hisselerinin kendilerine ayrı ayrı taksim edilib verilmesini istese bakılır. Eğer bunlar birbirine yakın, mevkileri bakımından nas arasında müsavi olup aralarında büyük bir ihtilâf mevcut değilse her birinin hisseleri bir yerde cem edilmek üzere tefrik ve taksim edilir. Fakat bunlar muhtelif olursa, meselâ: Arazi ile su menbaları muhtelif olup araziye iska hususunda menbaların kuvvetleri mütefavit bulunursa bunlar ayrı ayrı taksim edilerek her birindeki hisseler ayrıca tâyin edilir.

5 — : Müşterek su mecralarının taksimi için şeriklerden hiç birine cebr olunamaz. Çünkü suyun bir mecradan akması, rüzgâr veya mahallin yüksekliği ve alçaklığı sebebiyle kuvvetli olabilir, taksimi takdirinde ise her hak sahibine hakkı kemaliyle verilmiş olamaz. Fakat bunlarda da bir-riza kısmet caizdir.

6 — : Az bir yer, meselâ küçük bir hane müteaddid kimseler arasında müşterek olup da bunun taksimi takdirinde hiç biri hissesinden istifade etmeyecek olsa da şeriklerden velev birinin talebi üzerine taksimi cihetine gidilir.

7 — : Miras veya şira suretiyle iki kimse arasında bir mal, meselâ arazi müşterek olduğu halde bunlardan biri gaib bulunmakla diğeri kadıya müracaat ederek kısmet talebinde bulunsa kadı, bunu aralarında taksim ederek gaibin hissesini ayırır.

8 — : Bir müteveffanın bütün vârisleri çocuklardan ibaret bulunsa bunlara mevrûs olan terekeyi bunların vasileri bizzat taksim edemez.

Bu taksimi çocuklar hakkında hayırlı gördüğü takdirde ancak kadı yapabilir. (Elmüdevvenetül'kübra, Muhtasar-i Ebizziya şehr-i kebiri).

ŞAFİİ'LERE GÖRE KISMET :

1 — : Şafiî'lere göre de müşterek olan malları ya mükellef olan şerikler kendi aralarında birriza taksim ederler veya bu taksime birini ve kil tâyin ederler ve yahud veliyyül'emr veya onun nasb edeceği kimse taksimde bulunur. Hattâ şeriklerden bazıları gaib olsa da veliyyül'emrin nâibi taksimde bulunabilir.

Binaenaleyh taksimler birriza olacağı gibi bîlkaza da olabilir. Ve diğer bir itibar ile taksimler, kısmeti ecza, kısmeti tâdil, kısmeti red namıyla üç neve ayrılır. Şöyle ki:

(A) : Kısmet-i ecza, buna kısmet-i müteşabihat da denir. Hububat de-rahim, yağlar gibi misliyyatın, ebniyesi müttelik olan, yani: İki canibdeki odaları, sofaları birbirleriyle mütenazır bulunan konakların ve eczası müteşabih olan arazi ile kumaşların taksimi bu kabildendir.

Bu kısmetde icbar caridir, şeriklerden biri bu kısmetden imtina ederse kendisine cebr olunur, hisseleri müsavi olsun olmasın. Bu halde hisseler tâdil edilir, şeriklere hisseleri kur'a keşide edilmek suretiyle verilir.

Kısmeti ecza, beyi mahiyetinde değil, ifraz mahiyetindedir. Bu cihettendir ki şerikler kendi aralarında velev ribevî bir malda cüzafen taksim yapabilirler, birine böyle birriza taksim neticesinde fazla hisse verilse riba hükmünde olmaz. Çünkü riba yalnız akde mutasavverdir, bu işe ifraz kabilindendir.

(B) : Kısmet-i tâdil, şeriklerin sehimleri kıymetlerine göre tasnif ve tâyin edilmek suretiyle yapılan bir taksimdir. Eczasının kıymetleri, inbatındaki kuvvet ve suyundaki kurbiyyet hasebiyle muhtelif olan arazide bu kısmet caridir. Hisselerin kıymetde mütesavi olmaları, eczada müsavi olmaları haline ilhak olunur. Artık bu kısmetden imtina eden şerik bu kısmete icbar edilir. Ezhar olan, budur. Ancak böyle bir malın ceyyid olan parçası ile redi olan parçasını ayrı ayrı taksim etmek kabil bulunursa bu kısmeti tâdil cihetine icbar edilemez. Bunlar, ecza itibarıyla taksimi mümkün olan başka başka yerler mesabesinde bulunmuş olur.

Kısmet-i tâdil, Zâhir-i mezhebe göre beyi mesabesindedir.

(C) : Kısmeti red, bu iki şerikden birinin diğerine müşterek maldan başka hisseler arasında tevazünü temin için — bir mal red ve itâ etmesi suretiyle olan taksimdir.

Meselâ: Müşterek mülk bir tarlanın bir canibinde kuyu veya ağaç olub da kısmetleri mümkün bulunmamakla şeriklerden biri diğerine bir

mikdar para vererek bu tarlayı taksim etseler bu bir kısmeti red olmuş olur. Şöyle ki:

Böyle bir tarla birfarz iki kısma ayrılmakla kuyu veya ağaç yalnız bir kısımda kalsa da bu kısımlardan her birinin kıymeti bin lira, kuyunun veya ağacın kıymeti de yüz lira olsa bu kuyu veya ağaç kendi hissesinde kalan şerikin değerine elli lira vermesi lâzım gelir.

Kısmeti red, beyi' mahiyetindedir, bunda cebir carî değildir. Bu kismetde şeriklerin kur'a keşide eyledikten sonra lâfzen rizaları şartdır. Esah olan kavle göre bunda mücerred kur'a kâfi değildir.

2 — : İmam Şafii'ye göre bir hane veya bir oda bazı kimseler arasında müşterek olmakla bunlardan biri kismet istese bakılır: Eğer buna bu kismet neticesinde az çok intifa edecek bir şey isabet edecek ise taksim yapılır, velev ki arkadaşları bu taksimi kerih görsünler. Fakat ne buna, ne de başkalarına bir menfaat hâsıl olmayacak ise taksim yapılmaz.

3 — : Müşterek mal, nefis bir cevher veya pek kıymetli bir sevb gibi bir şey olub da taksiminde büyük zarar bulunursa veya küçük bir hammad gibi olub taksimi takdirinde kendisinden maksud olan menfaat zâil olursa bunu şerikler kendi rizalarıyla aralarında taksim edebilirler. Fakat bunu taksim için hâkime müracaat etseler hâkim, bu müracaatı icabet etmez. Belki bu taksim neticesinde o maldan matlûb menfaat bilküliyye fevt olursa hâkim onları bu taksimden men eder. Çünkü böyle bir taksime kalkışmak bir sefeh eseridir.

4 — : Veliyyül'emrin nasb edeceği kassamın erkek, hür, âdil, mükellef, müslim, ilmi misaheye vâkıf olması lâzımdır. Çünkü kassamlık da hâkimlik gibi velâyeti, ilzamı mütazammındır.

İlmi mesahadan maksad, mikdarlara âriz olan meçhulatı adediyyenin bilinmesi yollarını bildiren bir ilimdir ki, hisabdan bir kısımdır.

Kismetde takvime, hisselerin kıymetlerini tâyine lüzum görülürse kassamın ki kişi olması icab eder. Çünkü takvim, iki kişi ile sâbit olur. (Kitabül'üm, Tuhfetül'muhtaç).

HANBELÎLERE GÖRE KISMET :

1 — : Hanbelî fukahasına göre kismet, nasiblerin = Hisselerin bazısını bazısından temyiz ve ifraz demektir ki, kısmeti terazi ve kısmeti icbar namıyla iki nevidir. Şöyle ki:

(A) : Kısmeti terazi, şeriklerin birriza yaptıkları kismetdir. Müşterek bir malın taksimi, zararı mucib olub kıymetinin noksanlanmasına müeddî olursa bunda yalnız kısmeti terazi carî olur. Küçük bir henenin veya hammamın veya bir ağacın veya bir hayvanın veya bir tarafında bina

veya kuyu bulunan bir arsanın taksimi gibi.

Böyle bir malı şerikler kıymetlerine göre birriza taksimde bulunurlarsa bu bir beyi mahiyetinde olarak kendisinde beyi ahkâmı cereyan eder.

Şerikler taksime razı olmaz da içlerinden biri bunun satılmasını ister, diğerleri ise bundan imtina eylerse hâkim, bunu satarak semenini hisselerine göre taksim eyler. Esah olan kavil budur.

(B) : Kısmeti icbar, taksiminde şeriklerden hiç birine zarar olmayan ve birine bir ivaz verilmesini icab etmeyen müşterek bir malda carî olan taksimdir. Bu kısmet, mekillâtta, mevzunatda, geniş hanelerde, bostanlarda carîdir. Bunlarda ağaçlar yere tebean kismete dahil olur. Bu nevi kısmet, beyi' mahiyetinde değildir, şeriklerden biri kismetden imtina etse buna hâkim cebr eder.

2 — : Hâkimin kismete icbar ile hüküm edebilmesi için üç şart vardır.

Birinci şart, şeriklerin maksuma malik oldukları beyyine ile sâbit olmalıdır.

İkinci şart, taksimde zarar bulunmadığı hâkimin indinde sâbit bulunmalıdır.

Üçüncü şart, maksumun ayninde şeriklerin nasiblerini başka bir ivaz verilmeksizin tâdil imkânı hâkimin indinde sâbit olmalıdır. Bu üç şart bulunmayınca hâkim tarafından kismete cebr edilemez.

3 — : Menafii taksim hususunda icbar carî değildir. Esah olan budur. Çünkü muhayee, bir hakkı diğer bir hak ile muavezedir. Mümteni ise muavezeye cebr edilemez. Fakat şerikler, menafii birriza taksim edebilirler, yani: Müşterek malda zamanen veya mekânen muhayeede bulunabilirler.

Meselâ: Müşterek bir hanede bir müddet bir şerik, bir müddet de diğer şerik oturabilir. Bu caizdir, müddet tâyin edilsin edilmesin, fakat lâzım değildir, her biri bundan rücu edebilir. Çünkü bu, âriyet mesabesindedir.

Hakkında muhayee yapılan hayvanın nafakası, her şerikin nöbetinde kendisine aiddir. Çünkü bu muhayeeye razı olmuşlardır.

4 — : Şerikler, kendi aralarında bizzat mukasamada bulunabilirler veya bir kassam tâyin edebilirler. Çünkü hak kendilerininindir, nasıl ittifak ederlerse caizdir. Hâkimden bir kassam tâyin etmesini de talep edebilirler. Bu halde şeriklerin arasındaki münazeayı kesmek için hâkimin kassam tâyin etmesi icab eder.

5 — : Hâkimin tâyin edeceği kassam, müslim, âdil, mükellef, kısmete kâdir olmalıdır ki, maksud husûle gelsin. Kassamın ücreti şerikler arasında mülklerinin mikdarına göre tevzi olunur.

6 — : Şeriklerin mücerred kur'a ile yapacakları taksim, caiz ve lâzımdır. Bundan rücu edemezler.

Kezalik: Şeriklerden biri, diğerine taksimde bulunmayı birriza havalı edib o da bîlâkur'a mukasamada bulunsa bu mukasama, şeriklerin birbirinden bedenlen ayrılmasıyla lâzım olur.

7 — : Şeriklerden birinin hissesinde evvelce muttali olmadığı bir ayıb zühur etse kısmeti fesh ile hissesini imsâk beyninde muhayyer olur. Hissesini imsâk edince bu ayıbın erşını = Bedelini ahz eder. Kendisinde gabmî fâhiş bulunursa mukasama bâtil olur.

8 — : Şeriklerden her biri, badelkısme: «Şu benim hissemdir.» diye ihtilâfda bulunsa diğerinin iddiasını nefiy üzerine yemin eder, bunun neticesinde kısmet bozulur.

Kezalik: Müşterek bir yer taksim edilerek yolu yalnız bir şerikin hissesine isabet edib de diğer şerikin hissesi için menfez = Tarik kalmasa kısmet bâtil olur. (Neylül'meârib).

ZÂHİRÎ'LERE GÖRE KISMET :

1 — : Zâhiri fukahasına göre mümkünüttaksim olan her müşterek hakda kısmet caizdir. Bunlarda bihasebilimkân kısmet yapılır. Resûli Ekrem, sallallâhü taâlâ aleyhi vesellem efendimiz âdilâne kısmet yapar, sonra da: (اَللّٰهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِيْ فَيَا اَمِيْنُ لَا تَدْنِيْ فَيَا اَمِيْنُ وَلَا تَمْلِكْ وَلَا اَمْلِكْ) buyururdu. Yani: Yarabbi! Bu, benim daire-i kudretimde bulunan bir taksimdir, artık senin malik ve kâdir olub benim malik ve kâdir olamayacağım bir kısmetden dolayı beni lev'm buyurma.

Kısmetden imtina eden şerik, buna icbar olunur. Çocuk, mecnun veya gaib olan şerik için de hakkını ayırtacak vekil tâyin edilir.

2 — : Müşterek maldan, meselâ: Bir terekeden hissesini ahz eden her kimse için farzdır ki, bunun taksiminde hazır bulunan kariblerine, yetimlere, fakirlere tiyb'i nefsiyle bir mikdar atıyyede bulunsun. Çocuğun, mecnunun veya gaibin namına da velisi böyle bir mikdar atıyyede bulunur. (وَاِذَا حَضَرَ الْقَمْعَةُ اَوْ لَوْ الْقَرْيَ وَالْبَتَامَى وَالْمَسَاكِيْنَ فَارْزُقُوْهُمْ مِنْهُ) âyeti kerimesi bunu natıktır.

«Sair bir kısım müctehidlere göre bu âyeti kerimedeki emir, nedbe mahmuldur veya bu hükm, mensuhdur.»

3 — : Kabili kısmet olmayan müşterek malın menafii şerikler arasında taksim olunur veya kendisi satılır. Fakat şeriklerden biri hissesini şerikine veya şeriklerine satmaya cebr edilemez.

4 — : Şerikler arasında başka müşterek mal bulunmayınca küçük olsun olmasın hane, hammam, sevb, inci ve saire taksim olunur. Ancak mushaf-ı şerif taksim olunamaz, bir re's hayvan da taksimden müstesnadır. Bunlar şerikler arasında müşterek olarak kalır, bunları kiraya verib

ücretini iktisam edebilirler veya bunlardan kendileri malûm müddetlerle bil'münavebe istifade ederler.

5 — : Müşterek mallar, müteferrik eşyadan ibaret olup şeriklerden biri kendi nasibinin tamamını bu eşyanın birinden veya bunun bir ney'inden kur'a ile çıkarılmasını istese bununla hükm edilir, şerikleri bunu istesinler istemesinler müsavidir. Bütün şerikler ittifak etmedikçe nevilerden her biri, meselâ bir hane, bir akar hepsinin arasında taksim edilmez.

6 — : Kısmetde şeriklerden birine bir akarın aşağısını, diğerine de yukarısını vermek caiz değildir. Çünkü hava, arsanın dunûndadır. Hava temellük olunamaz. Havaya malik olacak kimse, arsa sahibinin bir çok icraatını, meselâ: Kendine âid duvarın ve sathın yükseltilmesini menedebilecektir. Bu gibi şurut ve takyidat ise kitabullah'da mezkûr değildir. Kitabullah'da bulunmayan bir şart ise bâtıldır.

7 — : Müşterek bir maldâ şeriklerden birinin kendi kendine infazı hükmde bulunması, meselâ: O malı veya ondaki hissesini satması, sadaka vermesi, bunun hakkında ikrarda bulunması, bunu terhin eylemesi helâl değildir. Çünkü bu, başkasının hakkında tasarruf demektir. Kısmet zamanında kendisine hangi cüz'ün isabet edeceği mechuldür. Binaenaleyh bu gibi tasarruflar, ebediyyen feshe mahkûmdur, velev ki bilâhare o mal taksim edilib de tasarrufun kendi hissesine isabet etmiş olduğu anlaşıl-sın. (Kitabül'muhallâ).

LÂHİKA: KUR'A HAKKINDADIR:

Kur'a, lûgatta bir malın âlâsı, güzidesi demektir. Develerin burunlarına basılan damgaya da kur'a denir. Hukuk bakımından kur'a, bazı şeylerin veya müşterek malların iki veya daha ziyade kimse arasında taksim ve tevzii için yapılan bir ameliyye-i mahsusadır ki, bir kaç türlü olabilir.

Meselâ: Bir arsa veya bir mikdar hayvan üç kimse arasında müsavat üzere müşterek bulunsa bunlar üç kısma ayrılır. Bunlar için birinci, ikinci, üçüncü kısım diye müsavi kıt'ada üç parça kâğıt yazılır, bu kâğıtlar bir zarf içine konulur, üç şerikden biri bu zarfa elini sokarak bu kâğıtlardan birini alır, bu kâğıtda yazılı kısım kendisine aid olur. İkinci şerik de böyle yapar, geri kalan üçüncü kâğıtdaki kısım da üçüncü şerik namına teayyün etmiş olur.

Şâyed böyle bir maldaki hisseler mütefavit olup meselâ: Bir arsanın nısıfı bir şerikin, sülüsü diğer bir şerikin, sūdüsü de üçüncü bir şerikin olsa bu arsa müsavi altı hisseye ayrılır, şeriklerin isimleri de birer müsavi kâğıda yazılarak bir zarfa konulur. Bu kâğıtlardan biri zarfın içinden çekilib alınır, bilfarz ilk evvel nısıf hissenin sahibine aid isim çıksa bu ar-

sanın birinci, ikinci ve üçüncü müttasıl hisseleri buna aid olur. Sonra sü-
düs hisse sahibinin ismi çıksa arsanın dördüncü hissesi de buna aid olub
mütebâki beşinci ve altıncı müttasıl hisseler de sülüs sahibi için teayyün
etmiş bulunur.

Bilâkis evvelâ: Südüs sahibinin ismi çıksa arsanın birinci hissesini
alır. Sonra sülüs sahibinin ismi çıksa bu da arsanın ikinci ve üçüncü müt-
tasıl hisselerini alır, mütebâki üç hisse de nısıf sahibi için teayyün eder.

Şeriklerden hangisinin ilk evvel kur'ayı keşide edeceği ya kendi ta-
raflarından tesbit edilir veya kassamın re'yine bırakılır veya bu kur'a ke-
şidesi bir şahsa havale olunur. (Kamus, Tuhfetül'muhtaç, Haşîye-ı Şîrvâ-
nî, ve saire).

*
**

(D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M)

MÜLKİYYET VE TASARRUF HAKLARINA VE İHYA-İ MEVAT İLE İSTİYADA AİD KAİDELERE, MESELELERE DAİRDİR.

İCİNDEKİLER : MÜLKLERİN HÜKMLERİNE AİD BAZİ KAİDELER. CİVARİYET MUÂMELELERİNE AİD BAZI MESELELER. YOLLARA AİD MESELELER. HAKK-I MÜRURA, HAKK-I MECRAYA VE MESİLE AİD MESELELER. MÜBAH OLAN ŞEYLERİN KEYFİYYETİ İSTİMLÂ-Kİ MÜBAH OLAN ŞEYLERİN UMUMÎ HÜKMLERİ. HAKK-I ŞİRB VE HAKK-I SEFEYE MÜTEALLİK MESELELER. İHYA-İ MEVATA MÜTE-ALLİK MESELELER. ARAZİ-İ MEVATDA KAZILAN KUYULARIN VE AKITILAN SULARIN VE DİKİLEN AĞAÇLARIN HARİMLERİ. SAYD-LARA VE İSTİYADA DAİR HÜKMLER, YİYİLMELERİ HELÂL OLUB OLMAYAN AV HAYVANLARI.

MÜLKLERİN HÜKMLERİNE AİD BAZI KAİDELER :

363 — : Her kimse kendi müstakil mülkünde, yani: Rakabesine ve-va menfaatine malik olduğu şeyde başkasına zararı fâhiş bulunmamak şartı-ve dileğediği gibi tasarrufda bulunabilir. Meselâ: Mülk hanesini dilerse satabilir, uhde-i tasarrufundaki tarlayı dilerse başkasına ferağ edebilir. Bu hususda muhtardır, başkası onu böyle bir tasarrufa cebr edemez. Meğer ki tasarrufa icbar için bir zaruret tahakkuk etsin.

364 — : Bir kimserin mülküne başkasının hakkı taâllûk ederse bu hak, o kimseyi bu mülkünde istiklâl üzere tasarrufdan meneder.

Meselâ: Fevkanisi birinin, tahtanisi de diğerin mülkü olan ebniyye, fevkani sahibinin tahtanide hakk-ı kararı vardır, tahtani sahibinin de fevkanide hakk-ı sakfi, yani: Güneşden, yağmurdan, teseftür ve tahaffuz hakk-ı mevcuddur. Binaenaleyh birisi, diğerinin izni olmadıkca ona muzir ola-bilecek bir şey yapamaz ve kendi binasını yıkamaz, yıkar da bu yüzden di-ğeri de yıkılırsa bunun kıymetini zâmin olur. Fakat bilfarz tahtani muh-terik vea kendi kendine münhedim olursa sahibi bunu binaya cebr olu-namaz. Çünkü bunda taaddisi yokdur. (Minehül'gaffar, Camiül'fusûleyn).

365 — : Şeriklerden biri, diğerinin müşterek kapıdan işlemesine ma-

ni olamaz. Binaenaleyh fevkani ile tahtaninin sokak kapısı bir ve müşterek olduğu takdirde ikisinin sahibleri o kapıyı müştereken istimâl ederler, biri diğerini girib çıkmadan menedemez. Aksi takdirde onun menafii muat tal olur. (Muinül'hükkâm).

366 — : Bir yere malik olan, o yerin mafevkına da, mâtahtına da malik olur. Meğer ki mâfevki veya mâtahtı başkasının mülkü bulunmuş olur.

Binaenaleyh bir kimse, mülkü olan arsada — başkasına zararı fâhiş olmamak şartıyla — istediği ebniyyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zeminini kazıyarak mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufata muktedir olur, başkasının havasına ve kuyusunun sularının çekilmesine sebep olacak diye bu gibi tasarruflar menedilemez. (Haniyye, Ali Efendi fetâvâsı).

367 — : Bir kimse, hanesinde kadîmen mevcut olmayıb ahiren ihdas eylediği odasının saçağını — rizaşı olmadıkca — komşusunun hanesi üzerine uzatamaz. Çünkü bu başkasının mülkünde tasarruf demektir. Binaenaleyh uzatırsa o hane üzerine gelen mikdarı, hane sahibinin talebiyle kati' olunur. Velew ki haneye muzîr olmasın. (Ali Efendi fetâvâsı).

368 — : Bir kimsenin bahçesindeki ağacın dalları komşusunun hanesi yahud bağçesi veya tarlası üzerine uzamış olsa o dalları mümkün ise bağlayıp geri çekdirmek ile havasını tefriğ etdirmeğe komşusunun salâhiyyeti vardır. Fakat o dallar kalın olmakla bağlayıp geri çekdirmek mümkün olmazsa komşusu, onları kesdirmek suretiyle kendi havasını tefriğ eddirebilir. O kimse bundan imtina ederse hâkime müracaat edilir.

Şâyed bu dalları bizzat komşu keserse bakılır: Eğer hâkimin kesdireceği yerlerden kesmiş bulunursa kendisine zaman lâzım gelmez. Şu kadar var ki, kesmek masrafiyle o kimseye müracaat edemez. Fakat sahibine faideli olacak yerlerden kesmemiş olursa zâmin olur. Zira bu takdirde ağaç sahibinin menfaatini zaruretsiz yere fevt etmiş olur. (Haniyye).

Anma ağacın dalları komşunun mülküne uzamamış olduğu suretde gölgesi komşunun bahçesindeki mezruata muzirdir diye ağaç kesilemez. Çünkü bu ağaç, sırf sahibinin mülkünde bulunmuştur. (İmadiyye).

369 — : Hiç bir kimse kendisinin rakabeten veya menfaaten malik olduğu şeyde tasarruftan men olunamaz.

Mese'lâ: Bir kimsenin mülkünde kazdığı kuyuyu komşusu: «Benim kuyumun suyunu çekib aldı.» diye menedemez. (Fetâvâyı cedide).

Kezalik: Bir kimsenin tapu ile mutasarrıf olduğu arsada hükûmetin izniyle bina etmiş olduğu değirmeni yakınında değirmeni olan bir şahs: «Benim değirmenime kesad verirsin.» diye sed etdirenez. (Ali Efendi fetâvâsı).

Fakat bir kimsenin kendi mülkünde tasarrufu, başkasının zararı fâhişine sebebiyyet verirse bu tasarruftan istihsanen men olunabilir. İmam Ebû Yûsûf'un kavli böyledir. Müftabih olan da budur. Mecelle'de de bu kabul edilmiştir. Kıyas bakımından ise men olunamaz. Zira o kimse kendi halis mülkünde mutasarrıftır. Zahirüddin, İbni Hümam gibi bir kısım fukaha da bunu tercih etmişlerdir. (Fethül'kadir, Dürrümuhtar).

CİVARİYYET MUAMELELERİNE AİD BAZI MESELELER :

370 — : Her kimse, müstakillen malik olduğu duvar üzerine dilediği kadar çıkabilir ve istediği şeyi yapabilir, pencere açabilir. Şâyed bu pencere komşusunun bahçesine nazır olursa komşusu da kendi bahçesi içinde duvar yapmak perde tesis etmek gibi bir suretle bu nazarete marû olabilir.

Binaenaleyh bir kimseyi mülkünde bu vechile tasarruftan zararı fâhiş olmadıkça komşusu menedemez.

371 — : Binaya zarar veren, yani: Binaya zaaf getiren ve binanın inhidamına sebep olan, yahud havayici asliyyeyi, yani: Sükna gibi binadan maksud olan menfaati asliyyeyi meneden, meselâ: Ziyayı bilküllüyye sed eyleyen şeyler, zararı fâhiştir.

Binaenaleyh bir kimse, komşusunun duvarına bitişik olarak muzahrafat için çukûr kazıyarak o duvara vehn ve zarar verib çimento ve kireç gibi şeyler ile bu zararı izâle mümkün olsa bu vechile zararı izâle etmesine emr olunur, mümkün olmazsa veya bu vechile izâleden imtina etse çukurun kaldırılmasına emr edilir. (Tenkih-i Hâmidi).

372 — : Zararı fâhiş, ne vechile olursa olsun def' etdirilir.

Meselâ: Bir hanenin ittisâlinde müahharen demirci dükkânı veya değirmen yapılab da demir döğmekden veya değirmenin dönmesinden o hanenin binasına vehn gelse ve yahud fırın ihdas ile tütünün çokluğundan veya bezirhane ihdas ile kerih rayıhasından o hanede oturulamayacak mertebe sahibi müteezzi olsa bunlar zararı fâhiş olmakla bu zararlar ne suretle olursa olsun def' ve izâle etdirilir. (Ankaravî, Tahtavî).

Kezalik: Bir kimse, bir camii şerif kurbinde salhane ihdas edib kesilen hayvanların revs ve levsinin râyıhasından cemaat müteezzi olsa ledel' müracaat hâkim o salhaneyi işletmekden o kimseyi men eder. (Ali Efendi

fetâvâsı).

Kezalik: Bir kimse, hanesinde aleddevam dibagat sanatı icra edib de komşuları müteezzi olsalar men olunur. Fakat bu sanatı nadiren icra edecek olsa men olunmaz. (Dürrümuhtar).

373 — : Bir kimse, başkasının hanesine muttasıl arsasında hark ihdas ederek değirmenine su icra etmekle hanenin duvarına vehn gelse, yahud bir kimse, komşusunun duvarının dibinde bulunan kendi arsasında mezbele bina ve oraya süprüntü ilka etmekle duvar çürüse duvar sahibi zararını def' etdirir.

Kezalik: Birinin hanesi kurbinde başkasının ihdas cylediği harmanın tozları gelmekle o hanede oturulamayacak mertebe sahibi müteezzi olsa bu zararı def'etdirebilir.

Kezalik: Birinin harman yeri kurbinde diğeri bir mürtefi bina ihdas ile harmanın rüzgârını sed cylese zararı fâhiş olmakla ref' etdirilir.

Kezalik: Bir kimsenin hanesindeki kâriz, yarılıb komşusunun hanesine cereyan etmekle zararı fahşi olsa komşusunun dâvası üzerine o kârızın tamir ve islâhı lâzım gelir. (Mecelle, Ali Efendi fetâvâsı).

374 — : Bir hanenin havasını veya nazaretini kesmek, yahud bir haneye güneşin girmesini menetmek gibi havayıcı asliyyeden olmayan menafiine mani olmak, zararı fahş sayılmaz. Fakat ziyayı bilküllüyye sed etmek, zararı fahşdır. Binaenaleyh bir kimse bir bina ihdas ile komşusunun kadimden beri bir pencereyi olan odasının penceresini sed edib de oda içinde yazı okunamayacak mertebe karanlık olsa zararı fahş olmakla defetdirilir, kapısından ziya alsın denilemez. Çünkü odanın kapısı soğukdan ve sair sebeblerden dolayı kapamağa muhtaç olur. Başka taraftan pencere açsın da denilemez. Zira bu, sahibi için bir zarardır ve hanesini başka bir şekle ifrağ demektir.

Ve eğer odanın iki penceresi olub da birisi yukarıdaki vechile bina ihdasıyla kapatılmış olsa bu, zararı fahiş sayılmaz. Çünkü bu halde menfaati asliyye fevt olmuş sayılamaz.

375 — : Mutbah, kuyubaşı ve hanenin avlusu gibi makarrı nisvan olan mahallin görürmesi, zararı fâhiş sayılır. Bahçede bulunub kadınlara mahsus olan mutbah ve kuyu başı da bu hükmededir.

Binaenaleyh bir kimsenin hanesinde ihdas cylediği penceresinden yahud muhdscen inça cylediği binanın penceresinden bitişik komşusunun, yahud sokak aşırı hanesi bulunan bir kimsenin makarrı nisvân olan ma-

halli görünür olsa bu zararın ref'iyle emr olunur. O kimse de kadınlar görünmeyecek suretde ve kendi mülkünde duvar veya tahta perde yapıp bu zararı defetmeğe mecbur olur. Amma behemahal penceresini duvar ile sed etmek üzere cebr olunamaz.

Nitekim çitden yapılmış bir duvarın aralığından komşusunun makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa o aralıkları sed etmek üzere duvarın sahibine hâkim tarafından emr olumur. Fakat bu duvarı yıkıp da yerine tam kapalı bir duvar yapması için cebr olunamaz. Çünkü zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunurlar. Duvarın aralıklarını seddetmekle zarar mürtfi olur.

376 — : Birinin hanesinde insan boyundan yüksek bir yerde penceresi olup da ihtimâl ki merdiven vaz'iyle komşusunun makarrı nisvan olan mahalline bakar diye o pencereyi komşusu şeddetdiremez. (Tenkih-i Hâmidî).

377 — : Bahçe ve selâmlık odaları makarrı nisvan sayılmaz. Çünkü makarrı nisvan kadınların asla müstağni olamayacakları mahallerdir.

Binaenaleyh bir kimsenin hanesinden komşusunun makarrı nisvan olan mahalli görünmeyib yalnız bahçesi ve yahud selâmlık ciheti görünmekle komşusu, mücerred aralıkda kadınlar bahçeye ya selâmlığa çıkdık da haneden görünmekle «Bahçeme veya selâmlığıma olan nazaretini kes.» diyemez. Hattâ bir kaç sene sonra komşu, o selâmlık odalarında nisvan ikame etdikde mücerred: «Selâmlık odalarım kadim, senin penceren ise hâdis olup o odalarda nisvan iskân ve harem ittihaz ettiğimden zararını def'et.» diye o kimseye cebr edemez. Zira onun makarrı nisvan olması, pencerelerden sonradır. (Behçetül'fetâvâ).

378 — : Bir kimse, bahçesindeki meyva ağacına çıkdıkda komşusunun makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa çıkacağı zaman tesettür etmeleri için bunu komşusuna ihbar etmesi lâzımdır. İhbar etmediği takdirde hâkim, onu o ağaca bilâihbar çıkmaktan meneder. (Camiül'fusûleyn)

379 — : İki kimse arasında müşterek olan konağı taksim etdiklerinde birinin hissesine isabet eden mahalden diğerinin veya her birinin hissesinden aharın makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa aralarında müştereken bir sütte ittihaz etmeleri için hâkim tarafından emr olunur. (Ali Efendi fetâvâs:).

380 — : Bir zararı kadimden biri mevcut olursa şahsi bir menfaatin siyaneti için menedilemez. Binaenaleyh bir kimse, kendi mülkünde meşru bir suretde tasarruf etmekde iken başkası onun yanında bina ih-

dasiyle kendisi mütazarrır olsa zararını ancak kendisi def'etmek lâzım gelir.

Meselâ: Bir hanemin kadimi pencerelerinden bir şahsın muhdes hanesinin makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa bu muhdes hane sahibi mazarratını dilerse kendisi defeder, yoksa kadim hane sahibinden mazarratın def'ini iddiaya salâhiyyeti yokdur.

Nitekim bir kimse, demirci dükkânına müttasıl arsasında bir hane ihdas eylese «Demir darbından haneme fâhiş zarar terettüb ediyor.» diye dükkânı kapatdıramaz.

Kozalık : Bir kimse, eskiden beri harman yeri olan bir mahallin kurbinde biri hane ihdas etdikde «Harmanın tozu hanem üzerine geliyor.» diye harman sahibine «Burada harman döğme.» diyemez.

Fakat âmmeye aid olan bir zarar, kadim olsa da menedilir. Meselâ: Bir hanenin çirkefi kadimden beri tariki âmme aka gelmiş olsa da bu menedilir. Herkesin o yoldan gidib gelmeğe hakkı olduğundan bu meni talebe salâhiyyeti vardır. (Mecelle, Dürerül'hükkâm).

381 — : Bir menzilin kadimi, yani: Atik pencerelerinden komşusunun hali arsası görünüyorken menzil muhterik oldukda evvelâ: Komşusu o arsada hane ihdas etse, sonra da o menzili sahibi vaz'ı kadimi üzere bina eylese de evvelki minval üzere açtığı pencereden o muhdes hanenin makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa bu mazarratı hane sahibi, def' etmek lâzım gelir. atik menzil sahibine «Nezaretini kes.» diye cebr edemez.

382 — : Bir kimsenin hanesinde ihdas eylediği pencereler ile komşusunun makarrı nisvan olan mevzileri beynin komşusunun bir yüksek odası bulunmakla makarrı nisvan olan mahalli o pencerelerden görünmez iken komşusu o odayı yıkmakla veya oda yıkılmakla o pencerelerden komşusunun makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa komşusu, «Mücerred pencereler muhdes idi. onun için nazaretini kes, yahud pencereleri kapat.» diyemez, belki mazarratını kendisi def. etmek lâzım gelir. (Behcetül'fetâvâ).

383 — : Müşterek hâiti == Duvarı sahiblerinden biri, diğerinin izni olmadıkca yükseltemez ve üzerine köşk ve saire yapamaz. Bunlar ahare gerek muzir olsun ve gerek olmasın. Çünkü kısmen başkasının mülkünde tasarrufda bulunmuş olur.

Fakat birisi, kendi arsası üzerine oda bina etmek üzere müşterek duvar üzerine giriş vaz'edecek, yani: Girişlerin uçlarını o duvar üzerine bindirecek olsa müşariki ona mani olamaz. Zira men'i takdirinde girişi koy-

mak isteyenin o duvardaki menfaati fevt olmuş olur. Lâkin o ne kadar giriş vaz'edecek ise müşarikinin de o kadar giriş vaz'ına hakkı olacağından duvar ne kadar giriş vaz'ına mütehammil ise ancak onun yarısı kadar giriş vazedilip ziyadeye tecavüz edemez.

Eğer o duvar üzerinde fil'asıl ikisinin de müsavat üzere girişleri olduğu halde biri kendi girişlerini artıracak olsa ahari menedebilir. (Ankaravi, Tenkih, Tatarhaniyye).

384 — : Müsterek duvar sahiblerinden biri, o duvar üzerindeki girişlerin mahallerini sağa sola ve aşağıdan yukarıya değiştiremez. Bu, duvara zarar verir. Amma girişlerin uçları yüksekde iken indirib de duvarı daha aşağısına vaz'edebilir. Çünkü duvarın aşağısı yük kaldırmağa daha mütehammildir. Maamafih bu da duvara muzir olsa caiz olmaz. (Kadıhan, Tenkih-i Hâmidî).

385 — : Bir kimsenin su kuyusu kurbinde, yani: Necasetin suya tesir edeceği merteye yakınında komşusu bir kenef veya kâriz = Çirkef mecrası yapıp da o kuyunun suyunu ifsâd eylese zararı def'etdirilir. Ve bir vechile zararını def' kabil olmaz ise o kenef veya kâriz kapatdırılır.

Kezalik: Kadim bir su yolunun yanında birinin yaptığı kârizin çirkefi suya vâsıl olarak zararı fâhişi olub da kapatılmasından başka bir suretle zararını def' kabil olmasa o kâriz kapatdırılabilir. (Mecelle, Dürerül' hükkâm, Ali Efendi fetâvâsı).

(Zahirî'lere göre de herkes kendi duvarında istediği pencereyi, kapıyı açabilir. Ve bunu yıkabilir. Komşusu buna mani olamaz. Komşusuna denilir ki, kendi hakkında nefsinı sefret edecek şeyi bina et. Yoksa bir kimse, kendi mülkünde başkasının nefine müraat için tasarruftan menedilemez. Böyle bir menî' büyük bir zarardır. Ancak bir kimse, başkasının ahvaline zni olmaksızın itifâa kıyam edemez, meselâ eğilib hanesi içine bakamaz, bu memnudur, bundan menî' vâcibdir. Şu kadar var ki bir kimseye helâl değildir ki, kendi duvarına komşusunun bir ağaç, meselâ bir kalas koymasına mani olsun. Kendisi izin vermezse ecbren konulabilir. Maamafih duvar sahibi, ağaç sahibine haber vermek sartiyle bu duvarını istediği zaman yıkabilir. (Elmuhalâ).

YOLLARA AİD MESELELER :

386 — : Bir tariki âmmin iki tarafında hanesi olan kimse, birinden diğerine geçmek için veliyyül'emrin müsaadesi olmadıkça köprü inşa edemez, olmeğe teşebbüs etse mani olunur. Bu men'e herkesin hakkı vardır.

Kezalik: Bir kimse, değirmenine su akıtmak için tariki âmın üzerine

hark ihdas etmek istese men olunur. (Ali Efendi fetâvâsı).

Daha inşa olunmadan menedilmeyib de inşa tamam olsa bakılır: Eğer yoldan gidib gelenlere zararı yok ise hadm olunmaz. Bu İmam Muhammed'e göredir. Sair bazı fukahaya göre yine hadm olunur. Fakat zararı var ise bilittifak hadm edilir.

Tariki hassda ise bu gibi şeyler, muzir olsun olmasın diğer şeriklerin izinleri olmadıkca ihdâs olunamaz. (Dürer).

Maamafih, tariki âmm üzerine yapılmış olan köprülerde, şahnişinlerde hakk-ı karar olmaz. Binaenaleyh bervecchi bâlâ tarik âmm üzerine inşa olunan köprü münhedim oldukda sahibi tekrar bina edecek olsa yine men-edilebilir.

Fakat tariki hasda vâki kadim bir şahnişin münhedim olsa yine kemâkân bina edilir, komşular mani olamaz. (Hindiyye).

387 — : Tariki âmm üzerindeki alçak çıkıntılar ve alçak şahnişin gibi gidib gelenlere zararı fâhişi olan şeyler, kadim olsalar bile ref'etdirilir. Çünkü tariki âmm dahi kadimdir. Ondaki hak, hiç bir sebeble tağay-yür eylemez. (Hindiyye, Ali Efendi).

388 — : Bir kimse, tariki âmm veya hassın kenarında vâki hanesini tamir edecek oldukda bu yoldan gelib geçenlere zarar vermemek şartıyla yolun bir tarafında çabukca çamur yapıp binasına sarf edebilir. Ancak bunu günlerce yol üzerinde bırakması caiz değildir. (Tatarhaniyye).

389 — : Bir kimsenin mülkü, rızası olmaksızın elinden alınamaz. Ancak tarik, cami ve su yolu gibi âmm menfaatleri için rızasına bakılmayıb veliyyül'emrin emriyle ve değer behası tediye edilmek şartıyla satın alınabilir. (Haniyye, Ebüssuûd fetâvâsı).

390 — : Bir kimse, tariki âmmın fazla olan kısmını gelib geçenlere muzir olmadığı suretde hükûmet tarafından satın alarak hanesine ilhak edebilir. Fakat ihtiyaçdan fazla olmayan kısmını satmak caiz değildir. (Haniyye).

391 — : Tariki âmm kim olursa olsun müceddeden ve mücaddid olarak kapı açabilir. Çünkü bundan kimse mütaazzır olmaz. Böyle bir tarikden herkesin gidib gelmeğe de hakkı vardır.

392 — : Tariki hassda hakk-ı müruru olan kimse o tarike kapı açabilir. Fakat kadimen tariki hassa kapısı olmayan kimsenin o tarikde hakk-ı müruru olmadığından binasından o tarika kapı açmağa hakkı yoktur. Meğer ki o tariki hass sahiblerinin rizalarını istihsâl etsin. (Bahrirâik.)

393 — : Tariki hass, onda hakk-ı müruru olanların mülki müşterekidir. Binaenaleyh tariki hass ashabından her biri, sükna icabatından olan şeyleri crada yapabilir. Meselâ: O yolda abdest alabilir, o yoldan arabalarını geçirebilir, o yolun kadimden beri süprüntü dökmeğe mahsus yerine süprüntüsünü dökebilir. Fakat sükna cümlesinden olmayan şeyleri orada yapamaz.

Binaenaleyh bunlardan biri, sairlerinin izinleri olmadıkça, gerek müzir olsun ve gerek olmasın o tarikde böyle bir şey ihdas edemez, menolunur. Şâyed ihdas eder de bu yüzden birisi telef olursa kendi hissesinden maâdâsını zâmin olur. Çünkü bunu ihdas etmekle kendi mülkiyle başkasının mülkünü işgal etmiştir. (Tenkih, Camiül'fusûleyn).

394 — : Tariki hass ashabından biri, o tarikin sair sahibleri razı olmadıkça bilâhare bina edeceği hanesinin damlasını o tarike akıdamaz. Kadim bahçesinde yeniden hane bina etmesi gibi. Maamafih bunların rızaları bir ibaha demektir, müeahharen bundan rücu da edebilirler. (Cevahürül'fetâvâ).

395 — : Bir kimse, tariki hasda olan kapısını sed etse veya hanesi yıkılıp bir müddet oradan gidib gelmeği terk eylese bilâhare o kapıyı tekrar açabilir ve kendisi oradaki hanesini satsa müşteri dahi o kapıyı tekrar açabilir. Çünkü müsteri bâyi makamına kaim olmuş olur. (İmadiyye, Behce).

396 — : Tariki âmından mürur edenlerin kesreti izdihamdan nâşi tariki hassa girmeye hakları vardır. Binaenaleyh bir tariki hass ashabı beyinlerinde bilittifak o tariki hassı satamazlar ve aralarında taksim ve hanelerine ilhak edemezler ve ağzını kapayamazlar. Çünkü bu tarikde âmminin de bir nevi hakkı vardır. Şu kadar var ki, tariki hassadaki bir hane satılsa ona tebean sahibinin o tarikdeki hissesi müşteriye intika etmiş olur. (Tenkih, Ankaravî, Camiül'fusûleyn).

HAKK-I MÜRURA VE HAKK-I MECRA VE MESİLE ÂİD MESELELER :

397 — : Hakk-ı mürurda ve hakk-ı mecra ile mesilde kідeme itibar olunur, yani: Bazı kimselerin bir yerden geçip gitmek hakkı veya, sularının bir yerden akıp gitmesine istihkakı var ise bunlar kadimden olageldiği üzere terk ve ibka olunurlar. Çünkü kadim olan şey, hali üzere ibka olunur, hilâfına delil olmadıkça tağyir olunamaz.

Meselâ: Bir cihete vakf edilmiş olan bir dükkânın başka bir cihete

mevkuf bulunan bir arsada kadîmden beri hakk-ı müruru bulunsa bu arsa mütevellisi bundan sonra o dükkâna bu arsadan gelib gidilmesini menedemez. (Hayriyye).

Amma şer'i şerif'e muhalif olan bir kadîme itibar yokdur. Yani: fil' asıl nâmeşru olarak yapılmış olan şey, kadîm olsa da ona itibar olmayıb zararı fâhişi var ise izâle olunur.

Mesclâ: Bir hanenin çirkefi ezkadim tariki âmme carî olagelse ve gidiş gelenlere zararı olsa kadîmc itibar olunmayıb zararı def'etdirilir. (Mecelle).

Bu hakların hem kıdemine, hem de hudûsüne delil bulunsa hudûs ciheti tercih olunur.

398 — : Bir kimsenin mülk veya vakıf arsasından veya uhde-i tasarrufundakî tarlasından bir şahsın hakk-ı müruru. meselâ: Hanesine gelib gitme hakkı bulunsa o kimse, bu şahsı veya bundan o haneyi satın alacak kimseyi mürur ve uburdan menedemez.

Bir hakk-ı mürur, inkâr eylese söz, meal'yemin münkirin olub bu hakkı beyyine ile isbat lâzım gelir. (Mecelle, Tenkih-i Hâmidî).

399 — : Mübihin, yani: Kendi malından başkasının bilâivaz intifa etmesine ruhsat veren kimsenin bu ibâhesinden rücu salâhiyyeti vardır. Çünkü ibahe, teberrüdur, teberruat ise gayrı lâzımdır. Ve bir zarar, izin ve riza ile lâzım olmaz.

Binaenaleyh bir kimse, hakk-ı müruru olmadığı halde mücerred sahibinin izniyle bir arsadan bir müddet mürur etse bilâhare sahibi dilerse onu bu mürurdan menedebilir. Bu arsa satılsa müşterisi de bu mene salâhiyyatdar olur. Meğer ki o kimsenin bu müruru o arsanın satıldığı zaman şart edilmiş olsun. (Behcetül'fetâvâ).

400 — : Hakk-ı mücerred, ibtâl ile bâtil olur. Binaenaleyh birinin arsasından muayyen bir memerde = Güzergâhda yalnız hakk-ı müruru olan kimsenin izniyle o arsa sahibi o memer üzerine bina ihdas etse o kimsenin bu mürur hakkı sâkit olur, artık arsa sahibiyle bu hususa dair muhasamaya hakkı kalmaz.

Kezalik: Bir arsada hakk-ı müruru olan kimse, «Ben hakk-ı mürurumu ibtâl ve iskât etdim.» dese bununla da o mürur hakkı sâkit olur, artık bu kimsenin o arsadan geçmeğe hakkı kalmaz.

Fakat mülkiyyet hakkı, hukuku mücerredten olmamakla mücerred ibtâl ile bâtil olmaz. Meselâ: Bir kimse, mülk arazisini, uzun bir müddet ziraat ve istimâl etmeyib terk eylese o arazi, arazi-i mevatdan sayılarak başkası tarafından ihyaya kıyam edilemez.

401 — : Birinin arsasından veya hanesinden başka bir kimsenin hakkı veya su yolu bihakkın carî olagelirken arsa veya hane sahibi veya bunların müşterisi «Bundan sonra bunları buradan akıtmam.» diye meneder. Ve bunlar ıslah ve tamire muhtac oldukda — mümkün ise — sahibi mecraya girerek bunları tamir ve ıslah eder. Amma o arsaya veya haneye girilmedikçe tamir mümkün olmadığı halde sahibi arsasına veya hanesine girmeye izin vermez ise hâkim tarafından kendisine: «Ya arsana, veya hanene girmek üzere izin ver ve yahud sen onu kendi malınla tamir et.» diye cebr olunur. (Ebülleyş, Tenkih, Behce).

402 — : Bir hanenin yağmur suları kadimden beri bihakkın komşu sunun hanesine veya avlusuna akmakda bulunsa komşusu bilâhare buna mani olamaz. meselâ: «Bundan sonra yağmur sularımı akıtmam, başka bir mecra bul.» diyemez. Fakat hakkı olmayınca buradan çamaşır ve abdest sularını akıtamaz. (Hindiyye, Feyziyye).

403 — : Bir tarikin kenarında bulunan hanelerin damlaları, az kadim o tarike mansab ve oradan alt tarafında vâki bir arsa içinden carî olagelmış bulunsa arsa sahibi arsasındaki kadim mesili seddedemez, seddederse hâkim tarafından seddi kaldırılarak kadim vaz'ına irca olunur. Çünkü kadim kıdemi üzere terk olunur.

404 — : Bir kimse, hakk-ı mesili olmadığı takdirde muhdes veya kadim odasının veya abdesthanesinin damlasını başkasının hanesine, arsasına akıtamaz. Gerek muzir olsun ve gerek olmasın. Çünkü başkasının mülkünde izni olmaksızın tasarruf yapılamaz.

405 — : Bir hanede minelkadim hakk-ı mesili olan kimseye aid bir gârizi, hane sahibi veya o hanenin müşterisi kemafissabih akmakdan menedemez.

406 — : Bir kimsenin hanesi içinden başka bir şahsın bihakkın carî olan kârizi dolub veya yarılib da hane sahibine zarar-ı fâhişi olsa gârizin sahibi bu zararı def'e mecbur olur. Fakat gârizden akan evsahın haneye ıyras etdiği tahribatı tamire mecbur değildir. Çünkü bir kimse kendi mülkünde komşusu mutazarrır olsa da tasarrufda bulunabilir. (Hindiyye, Tenkih-i Hâmidî).

MÜBAH OLAN ŞEYLERİN KEYFİYETİ İSTİMLÂKİ :

407 — : Bir şeye temellükün sebepleri üç nevidir:

Birincisi; beyi, hibe, hediye, tasadduk gibi bir mülkü bir malikden bir bedel mukabilinde veya meccanen başkasına nâkıl olan bir muameledir. Gasb da bir sebebi temellükdür. Çünkü gâsıb, bir zaman mukabilinde magsuba malik olur.

İkincisi: İrs gibi bir kimsenin diğer kimseye halef olmasıdır. Çünkü

vâris, müverrisinin terikesine müverrisine halef olmak yoluyla malik olur.

Üçüncüsü: Maliki olmayan mübah bir şeyi istilâdır, yani: Ele geçirmekdir, İstilâ temellükü asaleten müsbittir.

Arazi-i mevatı ihya etmek de bu üçüncü kısma dahildir. (Dürrü muhtar, Reddimuhtar).

408 — : Mübah şeyleri istilâ iki nevidir: Biri, istilâ-i hakikîdir ki, mübah olan şeye hakikaten el koymaktır. İrmakdan kab ile su almak, avı tutmak, mübah olan otları toplamak gibi. İkincisi, istilâ-i hümidir ki, yağmur suyu birikdirmek için bir kab koymak, ve av için tuzak kurmak gibi istilânın sebebini hazırlamakla olur. (Eşbah).

409 — : Bir kimse, mübah olan bir şeyi müstakillen ihraz ederse ona müstakillen malik olur. Meselâ: Bir kimsenin desti veya fıçı gibi bir kab ile nehirden aldığı su, o kab içinde muhrez ve mahfuz olmakla o kimsenin malı olur, başkasının ondan intifaa salâhiyyeti olamaz. Binaenaleyh bu suyu sahibinin izni olmaksızın başkası alır, istihlâk ederse zâmin olur. Yani: O kabı su ile doldurmasına emr olunur. Çünkü su, misliyyatıdır. (Reddimuhtar, Ebüssuûd).

410 — : İhrazın husûlî için kasda mukarin olması lâzımdır.

Binaenaleyh bir kimse, yağmur suyu almak kasdiyle bir mahalle bir kab koydukda o kab içinde toplanan yağmur suyu o kimsenin malı olur.

Kezalik: Su birikdirmek için inşa olunan havuz veya sahrençdeki su, sahibinin malıdır, buna başkası müşareket edemez. Amma bir kimsenin su almak kasdi olmaksızın bir mahalle bırakmış olduğu kab içinde biriken yağmur suyu kendisinin malı olmaz, bu mübah bir sudur, bunu başka bir kimse alıb istihlâk edebilir. (Kuküstânî, Reddimuhtar).

411 — : Suyu ihrazda arkası kesilmek şarttır. Binaenaleyh içinde su sızan kuyudaki su muhrez olmaz: Bu kuyu bir şahsın mülkünde bulunsun bulunmasın müsavidir. Bu cihetle sahibi ibahe etmeksizin diğer kimse öyle bir kuyuda sızıp da toplanan suyu alıb istihlâk eylese kendisine zaman lâzım gelmez ve mevcut ise istirdad edilmez. Çünkü kuyu kazımadan mukaddem su mevcut ve böyle yer altındaki sular gayrı memlûk olduğundan kuyu sahibi mücerred kuyuyu kazmakla bu suya malik olmuş olur. (Mecelle).

412 — : Suyu mütetabiül'vürud olan, yani: Bir taraftan ne kadar su çıkarsa diğer taraftan o kadar su giren havuzlardaki su da muhrez değildir. Binaenaleyh bir kimse, bundan alacağı suya malik olur.

Kezalik: Bir kimseye mahsus olan bir ırmaqdaki su da muhrez değil-

dir. Bir kimse bu su ile tarlasını sularsa zaman lâzım gelmez. (Turi).

413 — : Cibali mübahedeki hüdayı nabit olan ağaçları kim olursa olsun iktitaf edebilir. Ve mücerred iktitaf ile, yani: Toplamakla onlara malik olur, bunları bağlamak şart değildir.

Kezalik: Bir kimse, hüdayı nabit otları toplasa veya biçip demet etse onları ihraz etmiş olur. Binaenaleyh onları başkalarının almaya salâhiyeti olamaz. (Mecelle, Hindiyye, Reddimuhtar).

MÜBAH OLAN ŞEYLERİN UMUMİ HÜKMLERİ:

414 — : Mübah şeyler ile herkes intifa edebilir. Fakat bu intifa, başkalarına zarar vermemek ile meşruttur.

Meselâ: Herkes av avlayabilir, herkes denizlerden, âmmeye aid ırmaklardan istifade edebilir, fakat bunlardan intifa ederken başkasının ekinlerini bozsa veya suyu taşıyıp halka zarar verse veya ırmağın sularını büsbütün kesse bundan menolunur.

415 — : Mübah olan şeyleri ahz ve ihraz etmekden bir kimse başkasını menedemez. Elverir ki bu ahz ve ihraz, bir kimsenin hukukunu ihlâl etmesin.

Meselâ: Bir kimse, âmmeye mahsus bir nehirden kendi bahçesine su celb edebilir. Elverir ki başkasının rızası olmaksızın mülkünden giçirmesin. (Hindiyye).

416 — : Bir kimsenin mülkünde, meselâ tarlasında kendisinin teşebbübü olmaksızın hüdayı nabit olan otlar, kablelihraz mübahdır, o kimse bunları alanların elinden geri alamaz. Şu kadar var ki o kimse, kendi mülküne başkalarını girmekden menedebilir. (Tatarhaniyye, Reddimuhtar).

417 — : Bir kimsenin cibali mübaheden toplayıp da orada bıraktığı otları, odunları başkası ahz edemez. Zira onları ihraz etmiştir. Binaenaleyh ahz edecek olsa o kimse istirdad edebilir. İstihlâk edilmiş olunca da tazmin etdirebilir.

Kezalik: Cibali mübahede ve hâmisiz vadilerde ve mer'alardaki sahipsiz ağaçların meyvalarını kim olursa olsun devşirebilir. (Hindiyye).

418 — : Bir kimse, birini kırdan, yani: Kimsenin mülkü altında bulunmayan yerlerden odun veya ot toplamak yahud av tutmak için isticar etse o ecirin toplayacağı odun, ot veya tutacağı av, o müstecir olan kimsenin olur. (Mecelle).

419 — : Bir kimse, kendi mülkünde ateş yaksa başkalarını mülkü-

ne duhul ile o ateşden intifa etmekden menedebilir. Amma bir kimse'nin mülkü olmayan sahrada biri ateş yaksa sair nas onunla intifa edebilir. Söyle ki; onunla ısınabilir, rubasını kurutabilir, ziyasında bir şey dikebilir, ve ondan kandilini yakabilir, ateş sahibi bu vechile intifaa mani olamaz. Çünkü bu ateş beynennas müşterekdir. Fakat ateş sahibinin izni olmadıkca bir kimse o ateşden bir kor veya bir odun alamaz. Zira bunlar sahibinin yedi ihrazına dahildir. Meğer ki bunların bir kıymeti bulunmasın. (Reddimuhtar, Dürerül'hükkâm).

HAKK-I ŞİRBE VE HAKK-I ŞEFEYE MÜTEALLİK MESELELER:

420 — : Herkes; hava ile, ziya ile intifa eylediği gibi denizler ve büyük göller ile de — başkalarına mazarrat vermemek şartıyla — intifa edebilir, kendisi bundan menedilemez.

Kuküstânî'nin beyamına göre başkalarına mazarratı olsa bile denizler ile intifadan menolunamaz. (Ebüssuûd, Reddimuhtar).

421 — : Memlûk olmayan nehirlerden herkesin hakk-ı şirbi, ve hakk-ı şefesi vardır. Herkes bunlardan arazisini suvarabilir. Ve arazisini suarmak ve değirmen inşa etmek üzere cedvel ve hark açabilir. Fakat saireye mazarratı olmamak şarttır. Binaenaleyh âmmeye aid ırmaklardan cedvel ile su alınırken taşıyıp da halka zarar verse, yahud ırmağın bütün suyunu cedveldən akıtıp da alt tarafına su geçmez olsa, veya su azalarak kayıkların seyrine mani olsa bundan menolunur. (Haniyye, Hindiiyye).

422 — : Memlûk olsunlar olmasınlar denizlerin göllerin muhez olmayan sularında bütün insanların ve hayvanların hakk-ı şefesi, yani: Su içme hakları vardır. (Kuküstânî).

423 — : Memlûk nehirlerin, yani: Memlûk mecralara dahil olan suların hakk-ı şirbi, yani: Ekin ve hayvan sulamak için o sulardan intifa etmek nöbetine istihkak, bu suların ashabına aiddir. Bunlardan başkalarının yalnız hakk-ı şefeleri vardır. Hakk-ı şefe, bunların sahiblerini mutazarrır etmeyeceğinden ona müsaade olunmuşdur.

Binaenaleyh bir cemaate mahsus olan nehirden yahud birinin hâkından veya kanatından = Yer altında bulunan su mecrasından yahud kuyusundan hiç bir kimse bilâ izin arazisini sulayamaz. Fakat hakk-ı şefesi olmak hasebiyle o nehirden su içebilir. Ve hayvanlarının çokluğu sebebiyle nehrin veya harkın veya kanatın tahribinden korkulmazsa hayvanlarını da götürüp sulayabilir. Ve bir de desti ve fıçı gibi kab ile su alıp hanesine ve bahçesine götürebilir. (Hindiiyye, Mecmaül'enhür).

424 — : Bir camaat, kendilerine mahsus bir ırmaktan arazisini sulamak için bir şahsa izin verdikleri halde içlerinden yalnız birisi gaib veya çocuk bulunsa bu izine mebni araziye sulamak caiz olmaz.

İzinsiz suvarıldığı takdirde suyun zamanı lâzım gelmez. Çünkü sular ihrazdan evvel kimsenin mülkü olmadığından bunun itlâfı mucibi zaman değildir. Fakat böyle bir hareket tekerrür edince fâili veliyyül'emrin emriyle hapis suretiyle tedib olunabilir. (Reddimuhtar.)

425 — : Bir kimsenin mülkü içinde suyu mütetabiül'vürud olan = Arkası kesilmeyen bir havuz veya bir kuyu ve yahud bir nehir olduğu halde su içmek veya hayvanı sulamak isteyen kimseyi mülküne duhulden menedebilir. Lâkin o mülkün kurbinde, yani: Bir milden ziyade uzak olmayan bir mahalde başkâ içecek mübah su bulunmazsa mülk sahibi, ya o kimseye su çıkarmağa ve yahud girib de su alması için ruhsat vermeğe mecburdur. Su çıkarmadığı takdirde o kimsenin cebren girib de su almaya hakkı vardır. Fakat başkasının mülküne bu girmek, selâmet şartıyledir, yani: Havuzun veya kuyunun veya nehrin kenarını bozmak gibi bir zarar vermemekle meşruttur. (Hindiyye, Mecmaül'enhür).

426 — : Müşterek bir nehirde hissedar olan kimse, diğer hissedarların izni olmadıkça ondan diğer bir nehir, yani: Cedvel veya hark açamaz ve bu nehir üzerine değirmen ve dolab kuramaz ve kadim nöbetini = Muayyen hissesini tebdil ve tezyid edemez ve kendi hark ve cedvelinin ağzını genişletemez ve müteferrik vakitlerdeki hakk-ı şirbini şeriklerinin izinleri olmadıkça bir vakitte cem' eyleyemez. Ve kendi nöbetini o nehir-den hakk-ı şirbi olmayan diğer arazisine sevk edemez. Çünkü ileride diğer şeriklerin zararlarına olarak bir hak iddiası ihtimâl dahilindedir.

Böyle bir nehrin üst tarafında bulunanlar, aşağı tarafında bulunan şeriklerin izinleri olmadıkça kendi arazilerini sulamak için nehri muvakkaten bilkülliyye kapatamazlar. Velevki böyle yapılmadıkça arazilerini sulamak kabil olmasın.

Bu şeylere hissedarlar riza verseler sonra kendileri ve yahud vefatlarından sonra vârisleri rücu edib hakk-ı şirbi kadim vaziyetine irca edebilirler, çünkü bu riza, bir iâre mesabesindedir. İâreden ise rücu caizdir. (Hindiyye, Mülteka, Reddimuhtar, Feyziyye, Mecelle).

(Zâhiri'lere göre memlûk olan bir nehrden şirb hakkı, evvelâ onun yukarı tarafında bulunanlara aiddir. Bunlar ihtiyaçlarını istifa etmedikçe aşağı tarafda bulunanların hakk-ı şirbi olamaz. (Elmuhallâ).

ŞAFİİ'LERE GÖRE MÜŞTEREK AYAN VE MENAFİ :

1 — : Bazı şeyler. beynennas müşterek, mübahül istimâldir. Meselâ

Kibrit, zirft, mumya, neft yağı gibi bir ameliyye neticesi olmaksızın meydana çıkan bir kısım madenler, sular ve otlar gibi ayanı müşterekendir, bunların hakkında tahcir veya ikta' ile ihtisas sâbit olmaz. Her kim bunlardan hacet mikdarı bir şeyi ilk evvel elde ederse, o mikdar kendisine aid olur. Bunlara «Meadini zâhire» denir.

2 — : Nil, Fûrat gibi vadi suları ve dağlardaki sular miyahı mübahodendir. Bunlarda nâs müsavidir, bunları bir şahsın tahcirde bulunması veya bunları veliyyül'emrin bir şahsa ikta' etmesi caiz değildir. Bu suların veya bunların yollarının darlığına rağmen nas izdihamda bulunsa esbak olan takdim olunur, ve illâ aralarında kur'a keşide edilir.

Böyle miyahı mübaheden nas, arazilerini sulamak istedikleri halde bu onlara dar gelse onların yukarıda bulunanları tercih olunur, onların arazileri sulanmadıkça diğerlerine sıra gelmez, velevki aşağıdakilerin ekinleri helâk olsun. Fakat aşağıdaki arazi sahibi bu suların bulunduğu yeri daha evvel ihya etmiş bulunursa o mukaddem olur. Çünkü bu su, kendi mülkünün neması bulunmaktadır.

3 — : Altın, gümüş, bakır, demir, akik gibi bir ameliyye neticesinde meydana çıkarılan madenlerin yerleri mücerred bunları kazmakla, bu hususdaki bir ameliyye sebebiyle bir kimsenin mülküne dahil olmaz. Ezhar olan budur.

Fakat bir kimsenin ihya ettiği arazi-i mevatda böyle bir maden zuhur etse o kimse bunlara malik olur. Çünkü bunlar o ihya edilen yerin eczasından sayılır. Bunlara «Meâdin-i bâtına» denir.

4 — : Bazı menfaatler de nas arasında müşterekdir, mübahdır, bunlardan herkes istifade edebilir. Umumi yollardan istifade edilmesi gibi.

Meselâ: Turuku asliyyeden herkesin geçib gelmeğe hakkı vardır. Çünkü bu yollar, bunun için vaz'edilmiştir. Böyle bir tarikde istirahat için veya bir muamelede bulunmak için oturmak caizdir. Elverir ki gidib gelenlere darlık verilmesin. Bu yolda oturmak veya alış veriş gibi bir muamelede bulunmak için veliyyül'emrin izni şart değildir. Bu oturmak için veliyyül'emrin veya valilerin bir ücret almaları da caiz değildir. Eğer bu caiz olsa arazi-i mevatı satmak da caiz olmak lâzım gelir, halbuki buna kâil olan yoktur.

5 — : Umumi bir tarikin müsaid bir kenarında alış veriş gibi bir muamele için oturan kimse, muameleyi terk ederek oradan ayrılrsa veya başka bir tarafa intikâl etse oranın hakkı nihayet bulur. Fakat avdet etmek üzere ayrılrsa hakkı nihayet bulunmaz. Meğer ki bu ayrılışı uzun sürsün de kendisiyle muamelede bulunanlar, kendisinden kesilib başkalarıyla muameleye başlamış olsunlar.

6 — Umumi tarikden bir mevzii iki kimse birden işgale başlayıb

da her ikisine müstenid olmamakla münazeada bulunsalar, aralarında islâmiyyet gibi bir medarı tercih bulunmayınca kur'a keşide edilmesi icab eder. Bir kavle göre de veliyyül'emr, bunlardan birini kendi ictihadına göre tercih eyler.

7 — : Nasa fetva vermek veya kur'an okutmak veya dinî bir ilmi tedris etmek için bir mescidin bir tarafını aleddevam işgal edib duran zat da umumî tarikin bir kenarını muamele için işgal eden kimse gibidir.

Fakat bir mescidin bir mahallinde daima namaz kılmak için veya hâdis, vâaz dinlemek için oturub duran kimse, o mahalle başkalarından daha haklı değildir. Zaten bir mescidin daima bir yerinde namaz kılmak, matlûb değildir, belki bunun hakkında nehiy vârid olmuştur.

Ancak bir kimse, namaz için durduğu yerden abdest tazelemek gibi bir hacete mebnî aydet etmek üzere ayrılса o namaz için oraya olan ihtisası, esah olan kavle nazaran zâil olmaz. (Nihayetül'muhtaç).

İHYA-İ MEVATA MÜTEALLİK MESELELER:

427 — : Bir kimse, veliyyül'emrin izniyle arazi-i mevatdan bir yeri ihya ve imar etse bil'icma ona malik olur. İmameyne göre bu mâlikiyyetin husûlî izine mütevakkıf değildir. (Tatarhaniyye).

Veliyyül'emr veya vekili, bir kimseye arazi- mevatdan bir yeri temellük etmeyib mücerred intifa etmesi için ihyasına izin verse o kimse mezun olduğu vechile o yerde tasarruf eder, amma o yere malik olmaz. (Hindiyeye).

Arazi-i mevat için ıstılah kısmına müracaat!.

428 — : Umrana karib olan yerler, ahaliye mer'a ve harman yeri ve muhtatab = Baltalık olmak üzere terk olunur ve bu yerlere «Arazi-i met-rûke» denir.

Bir yerin mevat sayılması için İmam Ebû Yüsûf'e göre umrandan uzak olması şarttır. İmam Muhammed'e göre ise ehli umranın ihtitab, ihtigaş gibi bir suretle kendisinden intifa etmediği bir yer umrana karib olsa da mevatdan sayılır, bu halde böyle bir yeri ihya etmek caizdir. Müftabih olan da budur. Eimme-i Selâsenin kavli de böyledir. (Tebyîn, Mecmaül'enhür).

429 — : Veliyyül'emr tarafından ihya edilmek üzere kendisine iktâ, yani: İtâ edilen mevata bir kimse mücerred bu iktâ ile malik olmaz. Belki üç sene içinde o araziye ihya ederse malik olur. Bu üç sene içinde kendisine taarruz olunmaz. Fakat bu müddetde ihya etmez de üç sene geçerse artık o kimsenin o yerde bir gûna hakkı kalmaz. O arazi yine mevat

olarak kalır. ihya için başkasına verilir. (Hindiyye).

430 — : Bir kimse, mevatdan bir kıt'a arazinin bir mikdarını veliyyül'emrin izniyle ihya edib de bâkisini terk etse yalnız bu ihya ettiği mahallere malik olur, İmam Muhammed'e göre bâkisine malik olmaz. Fakat ihya eylediği arazinin ortasında bir mikdar mahalli halî kalsa o mahal dahi kendisinin olur. Çünkü dört tarafı o kimsenin mülküdür, ortadaki mahallin yolu kalmamıştır. İmam Ebû Yüsûf'e göre ise mevatdan bir yerin yarısından ziyadesi ihya edilince bâkisi de ihya edilmiş sayılır. Çünkü ekser için hükmü kül vardır. (Hindiyye, Tatarhaniyye).

431 — : Bir kimse, arazi-i mevatdan bir yeri ihya ettikten sonra diğer şahıslar gelib dört taraftaki yerleri birbiri ardınca ihya etseler o kimsenin yolu en sonra ihya edenin arazisinden teayyün eder, yani: Onun yolu oradan olur. Çünkü bu son ihya neticesinde yolsuz kalmıştır.

Bir mevatın dört tarafını bir şahs veya müteaddid şahıslar bir anda gelib ihya etseler o kimse, dilediği taraftan o yolunu tâyin edebilir. (Hindiyye, Dürrümuhtar).

432 — : Arazi-i mevatı ihya etmek; tohum ekmekle, fidan dikmekle, bina yapmakla olabileceği gibi natas etmek veya sulamak veya sulamak için hark ve cedvel açmak ile de olabilir.

Kezalik: Bir kimse, böyle bir yerin etrafına duvar çekse, veya sel suyundan koruyacak kadar etrafını yükselterek müsennat yapsa veya orada su çıkıncaya kadar kuyu kazsa o yeri ihya etmiş olur. (Hindiyye, Hidaye. Dürrümuhtar).

433 — : Taş veya diken veya kuru ağaç dalları vaz'edecek mevatdan olan arazinin dört tarafını ihata etmek, yahud o arazinin otlarını ayıklamak veya içindeki dikenleri yakmak ve yahud suya vâsıl olmayacak halde kuyu kazmak o araziye ihya demek değildir. Belki bu, bir «Tahcir» dir. (Hindiyye, Şerh-i Mecma').

Kezalik: Bir kimse, arazi-i mevatda olan otları veya dikenleri biçse ve o arazinin etrafına vaz'ile üzerlerine toprak dahi vaz'ile oraya nasın girmesini men eylese de ancak sel sularına mani olacak vechile müsennatını = Su arkılarının iki tarafında olan kenarları itmam eylese o araziye ihya etmiş olmaz. Belki yalnız tehcirde bulunmuş olur. (Molla Miskin).

434 — : Bir kimse, arazi-i mevatdan bir mahalli tehcir edince o yere üç sene müddetle başkalarından ehak olur, fakat ona malik olmuş olmaz. Çünkü malikiyyet, ihya ve imar ile dir. Binaemaleyh o kimse, üç seneye kadar ihya etmezse hakkı kalmaz, o yer ihya edilmek üzere veliyyül'

emrin emriyle başkasına verilebilir. Zira bu araziye müslümanların hakları teallük etmiştir, bundan öşür veya haraç alınmak suretiyle istifade olunacaktır, bu maksadın husûlî için başkasına verilmesi lâzım gelir. (Mecmaül'enhür).

435 — Tehcir, veliyyül'emrin izniyle olabileceği gibi izmi olmaksızın da olabilir. Meselâ: Bir kimse, arazi-i mevatda su çıkmayacak derecede bir kuyu kazsa tehcirde bulunmuş olur.

Tehcire «İhticar» da denir ki, bir şeyin etrafına taş ve emsâli bir mania vaz'eylemek demektir.

436 — : Bir kimse, veliyyül'emrin izniyle arazi-i mevatda tam kazdığı bir kuyuya malik olur. Bu halde bu kuyunun her tarafından kırkar arşın havalisine de malik bulunur: Fakat bu kuyunun suyuna muhrez bir hale getirmedikçe malik olamaz, bu kuyudan başkalarının su almasını men edemez. (Mecelle. Dürerül'hükkâm).

ARAZİ-İ MEVÂTDA KAZILAN KUYULARIN VE AKITILAN SULARIN VE DİKİLEN AĞAÇLARIN HARİMLERİ :

437 — : Arazi-i mevatda veliyyül'emrin izniyle kazılan bir kuyunun harimi, yani: Havlisinin hukuku her taraftan kırkar arşındır ki, mecmuu yüz altmış arşın eder. Arşından maksad ise ziraül'âmmedir. Bu, her kabzası dört parmakdan ibaret olmak üzere altı kabzeden ibaretdir. Böylece bir harime ihtiyac vardır. Çünkü böyle bir harim bulunmadıkça kuyudan istifade kabil olmaz. İmameyne göre izin bulunmadığı takdirde de hükm böyledir.

Zaif bir kavle göre böyle bir kuyunun her taraftan harimi, onar arşındır. (Mecmaül'enhür).

438 — : Arazi-i mevatdan olan bir yerdeki gözlerin, yani: O yerden çıkarılıp da suyu yer yüzünde cari olan menbaların harimi, her taraftan beş yüz arşındır. (Dürriümuhtar).

Menbaların harime ihtiyacı, kuyulardan ziyadedir. Menbalardan suyu ekinlere kavuşturabilmek için fazla harime ihtiyac görülür.

Harimlerin mikdarı, bir hadis-i şerif ile sâbitdir. İmam Malik ile İmam Şafii'ye göre harimde örf muteberdir, bunun mikdarı arzin salâbeti ve ademî salâbeti cihetiyle tebeddül edebilir. (Mecmaül'enhür).

439 — : Arazi-i mevatda veliyyül'emrin izniyle hafr edilip her vakit ayıklanmaya muhtaç olmayan büyükce bir nehrin iki taraftan harimi, o nehrin yarısı kadardır ki, iki tarafındaki harimlerinin mecmuu, o nehrin enine müsavi olur. Dicle ve Fırat gibi büyük bir nehirden bir ced-

vel halinde hafr edilerek arzi mevatdan geçirilen büyükce bir nehir gibi.

Böyle bir nehir, arasıra temizlenerek çamurları harice atılmak için böyle bir harime muhtaçdır. Bu mikdar, İmam Ebû Yûsûf'e göredir. Müftabih olan da budur. İmam Muhammed'e göre böyle bir nehrin harimi, her tarafından enine müsavi bulunur. İmamı Âzam'a göre ise bu gibi nehirlerin harimi yokdur. Kuyular ile gözlerin harimi, kıyasa muhalif olarak nas ile sâbit bulunmuşdur. (Zeylei, Kifaye, Mecmaül'enhür).

440 — : Arazi-i mevatda bilizin kazılıb her vakit ayıklanmaya muhtaç olan küçük bir nehrin, yani: Harkların ve cedvellerin ve bir de yer altındaki kanatın harimleri, ayıklanacakları vakit taşlarını ve çamurlarını atmak için lüzum görülecek mikdarda yerdur. Böyle bir harim bulunmadıkca bunlardan istifade edilemez. (Kuhüstâni).

441 — : Suyu yer yüzünde carî olan kanatın harimi, imameyne göre uyuni fevvere, yani: Gözler gibi her taraftan beş yüz arşındır. (Mecmaül'enhür).

442 — : Arazi-i mevatda veliyyül'emrin izniyle dikilen ağacın harimi, her taraftan beşer arşındır. Ağacın meyvasını toplayıp yere koymak için böyle bir harime ihtiyaç vardır. Binaenaleyh bu mesafe derununde başkası ağaç dikemez, tasarrufda bulunamaz. (Dürrümuhtar).

443 — : Kuyuların harimi, kuyular gibi sahiblerinin mülküdür, başkası onda bir vechile tasarruf edemez. Binaenaleyh bir kimse, diğerinin hariminde kuyu kazarsa kapatdırılır.

Menbaların, nehirlerin, kanavatın, eşcarın harimleri de bu vech üzere-dir. Meselâ: Bir kimseye aid nehrin harimine başkaları ekin ekmek istese o kimse onları menedebilir. (Behce, Mecmaül'enhür).

444 — : Arazi-i mevatdaki bir kuyunun harimi kurbinde başkası da veliyyül'emrin izniyle bir kuyu kazarsa bu kuyunun da sair üç cihetden kırkar arşın harimi olur. Amma evvelki kuyunun harimi olan cihete tecavüz edemez. Çünkü evvelkinin o harime malikiyeti mesbukdur. (Dürrümuhtar).

445 — : Bir kimse, bir kuyunun harimi haricinde veliyyül'emrin emriyle kuyu kazıp da evvelki kuyunun suyu bu ikinci kuyuya gitse bu ikinci kuyu sahibine bir şey lâzım gelmez. Çünkü bilizin kuyu kazmasıyla taaddide bulunmamışdır, yer altındaki sular ise kimsenin mülküne dahil değildir.

Nitekim bir kimse, başkasının dükkânı yanında dükkân açıp da evvelki dükkânın alış verişine kesad âriz olsa ikinci dükkân kapatılamaz ve sahibinden zarar ve ziyan namına bir şey istenemez. (Dürer., Dürrümuh-tar).

446 — : Başkasının arsası içinden cereyan eden harkın iki tarafın-dan suyu tutacak kadar kenarları hark sahibinindir ve iki tarafından ke-narları mürtefi ise bu mürtefi yerler de yine hark sahibinindir. Eğer ke-narları mürefi olmayıp da üzerinde gerek arsa sahibinin ve gerek hark sahibinin dikilmiş ağaçları olmak gibi birinin zilyed olduğuna dair bir de-lil bulunmazsa o halde bu yerler, arsa sahibinindir. Çünkü başkasının ar-sasında vâki harkın İmamı Âzam'a göre harimi yokdur.

Fakat hark sahibi de harkını ayıklayacağı vakit, çamurunu iki tara-fa a'maya hakkı vardır, arsa sahibi buna mani olamaz. Meğer ki çamurlar fâhiş mikdarda fazla bulunsun. (Tebyin, Mecmül'enhür).

447 — : Bir kimse, kendi mülkünde kazdığı kuyu için mümkün ise kendi mülkünde dilediği kadar harim tahsis edebilir. Fakat bu kuyunun başkası mülkünde harimi yokdur. Binaenaleyh komşusu dahi onun yanın-da ve kendi mülkünde diğer bir kuyu hafr edebilir. O kimse: «Benim ku-yumun suyunu cezbe eder.» diye komşusunun kendi mülkünde kuyu kaz-masına mani olamaz. Çünkü herkes kendi mülkünde tasarrufa müstahik dır. (Dürer., Muhiti Bürhani).

MALİKİ'LERE GÖRE İHYA-İ MEVAT :

1 — : Arzi mevat, herhangi bir vechile bir kimsenin daire-i ihtisa-sında bulurmayan, hali yerdur. İhtisas ise imâret ile, yani: Bina yapmak, ağaç dikmek, su akıtmak gibi bir sebeple husule gelir. Böyle bir imâret, münderis olsa da yine yeri ihya etmiş olanın mülkünde kalır. Meğer ki bu indirasdan sonra uzun bir müddet geçsin. O halde bu yeri başkası kendi mülkü olmak üzere yeniden ihya edebilir.

2 — : İmârete yakın olan bir yerdeki sahihsiz araziye ihya etmek ve-liyyül'emrin iznine mütevakkıftır. Fakat imârete uzak bulunan yerlerde-ki araziye ihya etmek, izne mütevakkıf değildir.

3 — : Bir yeri ihya eden kimse, o yerin harimine de malik olur, ya-ni: Odun kıracak, hayvan otlatacak mikdar o yerin etrafındaki sahaya da temellük eder.

4 — : Veliyyül'emr, arazi-i mevatdan bir yeri bir kimseye bir vergi mukabilinde iktâ = İtâ edebilir. Bu iktâ, bir ihya değildir, bu bir temliki mahzdır. Bu kimse burasını satabilir, hibe veya vakf edebilir. Burası ken-

disinden mevrus olabilir. İhya ise bir yeri iktâdan sonra tamir etmekle husûle gelir.

5 — : Bir yere ihtisas sahiblerinden olan ihya, şu yedi şeyden biriyle vücuda gelir: (1) Tefciri ma', kuyu kazmak, göz açmak, nehir yarmak gibi. (2) Yerin sahasından kendisini kaplamış olan suları çıkarmak. (3) Üzerinde bina yapmak. (4) Üzerine ağaç dikmek, (5) Yeri natas ederek ekmek. (6) Yerden ağaçları kesib gidermek. (7) Yerin taşlarını kırarak düzeltmek.

6 — : Mücerred hâit = Duvar yapmakla, tehcir ile ihya husûle ge'mez. Meğer ki ihya edilecek yerin civarındaki ahali arasında bunun ihya sayılması hakkında bir âdet carî olsun.

7 — : Mücerred otları hayvanlara otlatmak veya hayvanların veya nasın içmeleri için kuyu kazmak ihya sayılmaz. Fakat bir kimse, böyle bir kuyu kazarken bunu mülkiyyet üzere kazdığını beyan ederse bu da ihya sayılır. (Minehül'celil, Şerh-i Kebîr, Düsûkî).

ŞAFİİ'LERE GÖRE İHYA-İ MEVAT :

1 — : Mevat, bir müslim veya zimmi tarafından asla imâreti cihe-tine gidilmemiş olan sahipsiz yerdir. Böyle bir yer, dariislâm'da ise buna her hangi müslim ihya ederse malik olur. Veliyül'emr'dan istizan ise mesnundur. Ve eğer ahali-i zimme aid bir belde'de ise buna da her hangi zimmi ihya ederse malik olur. Bu belde'de müslümanların bulunmalarına mani olmadıkları takdirde bir müslim de bunu ihya edebilir.

2 — : İhya, temellüke sebebdır. (من احيا ارضا ميتة فبى له) haberi sahihi bunu natıkdır. Diğer bir haberi sahihde de: (من احيا ارضا ميتة فله) buyurulmuşdur. Yani: Her kim ölmüş bir yeri diriltirse onun için orada bir sevab vardır. Ve oradan rızklarını araştıranların yiyecekleri şeyler de o kimse için bir sadakadır. Bütün bunlar, yer yüzünü imar etmenin, iyiliğe çalışmanın dini islâm'da ne kadar kıymetli bir hareket olduğunu göstermektedir.

3 — : Sahipsiz bulunan bir yerin evvelce mamur bulunduğu bilinirse bu yer malikine aid olur. Bunun maliki bilinmezse bakılır: Eğer orası bir imâreti islâmiyye ise zayi bir mal mesabesinde olur, veliyyül'emr, o yerin sahibi zuhur edinceye kadar orasını dilerse satıb semenini saklar veya beytül'mâl namına istikraz eder. Malikinin varlığı ümit edilmezse beytül'mâle aid olur, veliyyül'emr, orasını birine iktâ edebilir.

Ve eğer orası bir imâreti cahiliyye ise — ezhar olan — o, ihya ile tahatı temellüke girebilir. (Nihayetül'muhtaç).

HANBELÎ'LERE GÖRE İHYA-İ MEVAT :

1 — : Mevat, harab, münderis olan yerdir ki, oraya ya hiçbir kimse malik olmamış, orada imâret eseri bulunmamış olur. Veya kendisinde çekilmiş nehirler, münderis olmuş binalar gibi mülk ve imâret eseri bulunursa da buraya vaktiyle kimin malik olduğu bilinmez bir halde bulunur. Ve yahud kendisinde kadîm veya karib cahiliyye mülkü âsârından bir şey mevcud bulunmuş olur.

İşte böyle bir yeri her kim ihya ederse buraya malik olur, velevki zimmi olsun, velev ki veliyyül'emrin izni istihsâl edilmiş bulunmasın.

2 — : Bir yeri ihya eden, oradaki altın, gümüş, bakır gibi camid madenlere de malik olur, bunlar o yere tâbidir. Fakat oradan cereyan eden madenlere malik olmaz, bunlar kimsenin mülküne girmez, orada zuhur eden hazineye de malik olmaz. Çünkü bu, o yerin eczasından değildir, belki oraya mevdu bulunmuştur.

3 — : Her kim, av, inci, mercan, odun, meyva, bal, arı gibi mübah olan sahipsiz bir şeye ilk evvel vaz'iyed ederse ona malik olmuş olur. Böyle bir şeye iki kimse bir anda vaz'iyed etseler aralarında taksim olunur.

4 — : İhya-i mevat ya onun bunun gelib geçmesine mani olacak bir duvar yapmakla veya ekin ekilebilmesi için lâzım görülen suyu akıtmakla veya kuyu kazmakla veya maniaları gidererek ağaç dikmekle husûle gelir. (Neylül'meârib).

ZAHİRÎ'LERE GÖRE İHYA-İ MEVAT :

1 — : Her hangi bir yerin maliki bulunmaz ve o yerin devri islâm-da imâr edilmiş olduğu bilinmez ise o yer, onu ilk elde ederek ihya eden müslümana aid olur. Veliyyül'emrin izni olsun olmasın. VeleVKi o yer, şehirlerde haneler arasında bulunsun. İmam Şafil'in, Ebû Sevir'in, Ebû Süleyman'ın kavilleri de böyledir.

2 — : İhya, bir yerdeki otları, ağaçları ihya niyetiyle koparıp atmakdır, veya o yerde bir ırmaktan, kuyudan veya gözden su celb etmektir. Veya o yerde ekin ekmek veya ağaç dikmek için oraya toprak nakl etmek, oradaki tasları koparmaktır ve yahud üzerinde bina yapmak üzere bir hazire vücuda getirmektir.

3 — : Bir kimse bir yerde sakiyye — Küçük ark açsa, veya kuyu veya çeşme kazsa bunun muayyen harimi olmaz, belki başka bir kimse, bu sakiyyeye, bu kuyuya veya çeşmeye muzir olacak, suyunu celb edecek bir yerde hafriyyatda bulunamaz. Bu yerin bundan başka harimi yoktur. Çünkü bir kimse bir yere malik olunca oradaki suya da malik olur, artık

onun bu malını haksız yere ahz etmek caiz olmaz.

Zâhiri'lere göre, bir kimsenin arazisinden çıkan gümüş, altın, bakır, demir, kalay madenleri kendisine aiddir, yakut, zümrüd, oliv, tûz gibi şeyler de arazi sahibine aiddir vefatında vârislerine inukâl eder, bunlar da veliyyül'emrin ve başkasının hakkı olamaz. İmamı Âzam'ın, İmam Şafiî'nin, Ebû Süleyman'ın kavli de böyledir. İmam Malik'e göre bu halde o yer, veliyyül'emre, yani: Amme-i müslimine aid olur. (Kitabül'muhallâ).

SAYD VE İSTİYADA DAİR HÜKMLER :

448 — : Sayd, insandan tevehhüş eden yabani hayvandır ki, bir vec-hile elde edilir, kendisinde lisanımızda «Av» denilir, etri yenilir olsun olmasın, ve ister esasen mütevehhüş bulunsun ve ister bilâhare tevehhüş etmiş olsun. Bu cihetle arslan, kaplan, tilki gibi hayvanlar avdan madut olduğu gibi bilâhare tevehhüş edib insanlardan kaçınan deve, sığır da avdan maduddur.

Av hayvanını avlamaya istiyad denildiği gibi «Sayd» da denir.

İstiyadın meşruiyeti; kitab ile, sünnet ile, icma-i ümmet ile ve edile-i akliyye ile sâbitdir. (Haniyye, Hülâsa).

449 — : Sayd, gerek mızrak, tüfek, kılıç, bıçak gibi âlâtı carihe ile ve gerek ağ ve tuzak gibi şeyler ile yapılabileceği gibi muallem kelb gibi azılı hayvanlar ve muallem doğan, pars, tavşancıl, atmaca, çakır kuşu gibi yırtıcı kuşlar ile de yapılabilir.

Yırtıcı hayvanlardan arslan, ayı, hınzır, hidae = Dülengeç müstesnadır. Bunlar av hususunda kabili tâlim olmadıklarından bunlar âlet-i sayd olamazlar. Bunların avladıkları av, yiyilemez. (Hidaye, Hindiyye, Dürrü-muhtar).

450 — : Hayvanat-ı ehliyye, ehliyyetden çıkıp mütevehhüş bir hale gelmedikçe sayd olunamayacağı gibi insan ile me'nûs olan yabani hayvanlar da — malikleri bulunacağından — sayd olunmaz. Binaenaleyh emsâli delâletiyile yabani olmadığı malûm olan güvercin, yahud ayağında zil bulunmasıyla memlûk olduğu anlaşılan doğan ve boynunda tasması bulunan geyik ve ceylan tutulsa lukata kabilinden olub sahibi zuhurunda vermek üzere tutan kimsenin onu ilân etmesi lâzım gelir, yoksa bunlar istiyad ile sâ'idin mülküne dahil olmazlar.

451 — : Saydın insandan mümteni olması, yani: Ayaklariyle yahud kanadlariyle savuşub kurtulabilecek halde bulunması lâzımdır. Binaenaleyh kendiliğinden veya avcının takibiyle sıkışarak çıkamayacağı bir ku-

yuya düşse saydiyyat halinden çıkmış olur, artık eti helâl olan böyle bir hayvanı bir kimse, kuyuya inib boğazlamak veya diri olarak dışarıya çıkarmak mümkün iken kuyuda yaralayarak öldürse yenilmesi helâl olmaz. (Hindiyye, Mecmaül'enhür).

452 — : Her kim bir avı istiyad kasdiyle saydiyyat halinden çıkarsa onu tutmuş ona malik olmuş olur.

Meselâ: Bir kimse, bir geyiği kovalayıb bir kuyuya düşürse o geyiğe malik olur.

Kezalik: Bir kimse, bir hayvanını kaçib kurtulamayacak suretde yaladıkdan sonra başka bir şahs da o hayvanı tutub öldürse o hayvana o kimse malik olmuş olur. (Hindiyye).

453 — : Av, tutanıdır. Bu tutmak ise ya hakiki suretde olur. Bir kimsenin kurşun atib telef ettiği bir ava vez'i yed etmesi gibi. Veya hükmi suretde olur. Bir kimsenin avlamak maksadiyle kurduğu tuzığa bir avın gelib tutulması gibi. Binaenaleyh bir kimse, bir ava atib da onu kaçib kurtulamayacak suretde cerh etse ona malik olur, velev ki yaşayabilecek bir halde bulunsun. (Reddimuhtar).

Amma bir avı hafifce, yani: Kaçib kurtulabilecek suretde cerh etmekle malikiyyet husûle gelmez, başka bir şahs onu vurmakla veya diğer bir suretle tutsa ona malik olur.

Kezalik: Bir kimse, bir avı vurub düşürdükdən sonra o avı kalkib kaçarken diğer bir şahıs ahz ile istimlâk edebilir. Zira onu saydiyyatdan çıkaran, bu şahısdır. Bir hadis-i şerif'de: (الصید لمن اخذہ) buyurulmuştur. (Mecmaül'enhür).

454 — : İki avcının kurşunları birden ava isabet etse o av ikisi arasında yarı yarıya müsterek olur, velevki biri diğerinden evvel kurşunu atmış olsun. Çünkü ava temellük hususunda hali remye değil, hali isabete itibar olunur.

Kezalik: İki kimse, muallem kelblerini salıverib de ikisi bir ava isabetle onu saydiyyat halinden birlikde çıkarsalar o av, bu iki kimse arasında müsterek olur. Ve eğer her biri birer av tutsa her birinin tutduğu av, sahibinin olur. (Dürerül'hükkâm).

455 — : İki avcı muallem kelblerini salıverib de biri avı düşürmüş, diğeri de öldürmüş olsa bakılır: Eğer evvelkisinin kelbi onu kaçib kurtulamayacak hale getirmiş ise o av, onun olur. Çünkü onu saydiyyatdan çıkaran budur.

Fakat birinci kelb, o avı düşürmüş ise de onun hiç bir tarafı sakatlanmamış olduğu halde ikinci kelb gelib yetişib birinci kelbden evvel üze-

rine binerek o avı öldürse o, müstakillen ikinci kelb sahibinin olur. (Hindiyye, Mecmaül'enhür).

456 — : Bir kimsenin harkında veya cedvelinde avlamaksızın tutulamaz olan balıkları diğer bir şahs sayd eylese onlara temellük etmiş olur. Çünkü bu balıkları o kimse değil, bu şahs ihraz ile hali saydiyyatdan çıkarmıştır. Şu kadar var ki o kimse, kendi mülkünde bulunan harkına veya cedveline başkasını girmekden menedebilir. (Hindiyye).

457 — : Bir kimse, su kenarında balık tutmak için bir yer tehiyye ederek oraya balıklar gelib de su az olarak bu balıklar avlamağa muhtaç olmaksızın toplanabilir olsa o kimse bu balıklara malik olur. Çünkü bunları hükmen ihraz etmiş sayılır. Artık bunları başkası alsa zâmin olur. Amma o mahalde suyun çokluğundan dolayı balıkların tutulması avlamağa muhtaç olsa bu balıklar o kimsenin olmaz, bunlara başkaları sayd ile temellük edebilir. (Hindiyye).

458 — : Bir kimse, hanesine giren bir avı tutmak için hanesinin kapısını kapatsa o ava malik olur. Bu, bir ihraz demektir. Amma hane sahibi avı ihraz için kapısını kapamadığı takdirde ona malik olamayacağından o ava başka bir şahs tutarsa malik olur.

459 — : Bir kimse, sayd kasdiyle veya bir şeye niyyet etmeksizin bir mahalle ağ ve tuzak gibi avlamağa mahsus bir şey vaz etmiş olsa tutulacak av, kendisinin malı olur. Çünkü bunların vaz'ı, esasen istiyad içindir, bu, bir ahz-i hükmî sayılır.

Fakat bir kimse, ağı mucerred kurutmak maksadiyle bir mahalle serib de ona bir av tutulur ve buna malik olmaz, bu, av avlamak sayılmaz.

Nitekim bir kimsenin arazisindeki çukura düşen avı diğer bir şahs ahz etse ona malik olur. Amma o arazi sahibi, o çukuru sayd için kazmış ise o ava başkalarından ehak olur.

460 — : Bir kimse, yabani bir hayvana mucerred bahçesinde veya hanesinde yuva yapmış veya yumurtlamış olmakla malik olmaz, başka bir şahs onun yumurtalarını veya yavrularını alırsa o kimse bunları istirad edemez. Meğer ki bunlar elini uzatıp alabileceği derecede o kimseye yakın bulunsun. Bu takdirde yumurtalara ve yavrulara o kimse malik bulunur.

Kezalik: Bir kimse, bahçesini, yabani hayvanlar gelib yumurtlamak ve yavrolmak için tehiyye etmiş olsa gelib yumurtlayan ve yavrolayan hayvanların yumurtaları, yavruları kendisinin olur, başkası bunları ala-

maz. (Hindiyye).

461 — : Bir kimsenin bahçesinde kendiliğinden gelib mekân ittihaz eden arıların yaptığı bal, o bahçenin menafiinden sayılarak o kimsenin malı olur. Buna başkası taarruz edemez, yalnız beytül'mâle, bahçe, arazi-i ôşriyyeden ise bu balın ôşrünü vermesi lâzım gelir. (Tatarhaniyye).

462 — : Bir kimsenin bal kovanında toplanmış bulunan arılar, mali muhrez sayılır. Binaenaleyh bunlar da, bunların balları da o kimsenin malıdır. Fakat bir kimsenin bahçesinde gelib mekân ittihaz eden arılar, mücerred bununla o kimsenin malı olmuş olmaz, bunları başkası da alabilir. (Hindiyye).

463 — : Bir kimsenin kovanından çıkan oğul arısını başkası hanesine konmakla veya kendisinin kovanında toplamakla ahz etse o kimse, istirdad edebilir. Bu, av mânâsına değildir. (Ankaravî, Mecelle, Dürerül' hükkâm).

YENİLMELERİ HELAL OLUB OLMAYAN AV HAYVANLARI :

464 — : Berhayat olarak yakalanan bir av hayvanı, usulü dairesinde boğazlanmadıkca etini yemek helâl olmaz. Berhayat olarak yakalanamayan bir av hayvanının etini yemenin helâl olması için de beşi avcıya, beşi avı tutacak hayvana, beşi de ava aid olmak üzere on beş şart vardır. Şöyle ki:

(1) : Avcı, zekâta, yani: Hayvanı şer'an yiyecek halde boğazlamaya ehil olmalıdır. Bu da hayvanı boğazlamaya akli yeter olmakla ve hakikaten veya kendi iddiasınca müvahhid bulunmakla olur.

Binaenaleyh âkil olan bir müslümanın veya kitâbînin avladığı hayvan yiyelebilir. Fakat âkil bulunmayan çocuğun, mecnunun, mecusinin, mürteddin veya putperestin berhayat olmayarak avladığı hayvanın eti helâl değildir, yiyelemez!

(2) : Av hayvanını, meselâ: Av köpeğini bizzat avcı ava salıvermiş olmalıdır. Binaenaleyh av hayvanı kendi kendine avcının elinden boşanıf avı yakalayarak öldürürse eti yeyilemez.

(3) : Av hayvanını salıveren avcıya saydı helâl olmayan kimse müşa reket etmemiş olmalıdır. Binaenaleyh bir müslim ile mecusinin salıverdikleri av hayvanları avı birlikde tutub cerh ve katl etseler bu avın eti yeyilemez.

(4) : Avcı, av hayvanını salıverirken besmele-i şeriffeyi amden terk etmemiş olmalıdır. Binaenaleyh bir avcı, bu halde besmeleyi amden terk etse salıverdiği hayvanın tutub cerh ve katl edeceği avın eti yiyelemez.

Nisyanen terk edilen besmele-i şerife ise hükmen mevcut sayılır.

(5) : Avcı, av hayvanını ava gönderdikde bu gönderdiği zaman ile o hayvanın avı yakaladığı zaman arasında başka bir iş ile iştigal etmemiş olmalıdır. Binaenaleyh başka bir işde bulunursa bâdehu yakalanacak hayvanın eti helâl olmaz.

(6) : Av hayvanı, mualllem olmalıdır. Bir av köpeğinin mualllem olması, tutduğu av hayvanlarını birbiri peşine üç defa yememesiyle teay yün eder. Bir doğanın mualllem bulunması da geriye çağrıldığı zaman hemen icabet ederek geri dönmesiyle husûle gelir, avı yemesi mualllemliğine mani değildir.

(7) : Av hayvanı, ava sevk edildiği zaman hemen gidivermelidir, tâ ki onun istiyadı bu sevka izafe edilebiisin.

Binaenaleyh bu sevka rağmen bir mikdar durub veya başka bir şey ile iştigal edib de bâdehu ava giderek onu yaralıyarak öldürürse eti yiyilemez.

(8) : Av hayvanına avda kullanılması helâl olmayan başka bir hayvan iştirâk etmemiş olmalıdır. Binaenaleyh av hayvanına mualllem olmayan bir kelb veya mecusinin köpeği iştirâk ederek birlikde avlasalar eti helâl olmaz.

(9) : Av hayvanı, avı cerh ederek öldürmüş olmalıdır. Bu cerh ise zekâtı şer'î makamına kaimdir, velevki kan çıkmasın. Zekât ise kanı ihrac ile tathir mânasını mütezammındır.

Binaenaleyh av köpeği, avı yaralayıp da boğsa zahiri rivayete göre eti helâl olmaz.

Kezalik: Atılan ok avı yaralamayıb mücerred ezmek suretiyle öldürse eti yiyilemez.

(10) : Av hayvanı olan kelb, avdan hiç bir şey yememiş olmalıdır. Binaenaleyh yiyecek olsa mualllem olmadığı anlaşılmış olacağından o avın eti yiyilemez.

(11) : Av, haşeratdan = Hevamdan olmamalıdır. Binaenaleyh akreb, çıyan, yılan, fare, keler, zübab, köstebek, sülük, hünfesa gibi hayvanların etleri yiyilemez, bunlar hebaisdendirler.

(12) : Av, benatül'ma' denilen su hayvanlarından olmamalıdır. Su köpeği, su hinziri gibi. Bunlardan balık, yılan balığı, sazan balığı müstesnadır, bunların etleri yiyilebilir.

(13) : Av, kanadları veya kevaimi ile kaçmağa gayrı muktedir olmalıdır.

Binaenaleyh kaçıp kurtulamayacak bir halde bulunan bir av hayvanı, saydiyyet halinden çıkmış olur. Artık üzerine saldırılan hayvan tara-

fından cerh ve katl edilse eti helâl olmaz.

(14) : Av, nabiyle, yani: Azı dişiyle veya mihlebiyle, yani: Yırtıcı tırnağıyla mütekavvi olmamalıdır.

Binaenaleyh köpek, arslan gibi azı dişi olub da âdeten yırtıcı ve kapı kaçırıcı olan hayvanların etleri helâl olmadığı gibi doğan ile kerkes kuşu da mihleb sahibi oldukları için etleri helâl değildir.

(15) : Av, kendisini avcının yetişib daha boğazlamaya iktidarı tahakkuk etmeden fevt olmalıdır. Binaenaleyh avcı, av daha berhayat iken kavuşub onu besmele ile kesmeğe muktedir olduğu halde bu kesmeği terk etmekle hayvan aldığı yaradan dolayı ölse veya kendisini av köpeği yaralayıp öldürse eti helâl olmaz. Çünkü asıl zebhi şer'iyi ikame ve icra mümkün olunca halefiyle iktifa caiz olmaz. (Hindiyye, Şerh-ül Mecma, Reddi-muhtar).

MALİKÎLERE GÖRE SAYD VE İSTİYAD :

1 — : Bir takım hayvanlar zekât = Tezkiye bulunmadıkca eti yiyilemez. Zekât = Tezkiye, lûgatde kesmek ameliyyesini tamam etmek mânâsınadır. Şer'an zekât, berrî hayvanın ibahesine, yani: Etinin yiyilebilmesinin helâl olmasına kendisiyle tevassül olunan sebep demektir, hayvanı usuli dairesinde boğazlamak gibi.

2 — : Zekât = Tezkiye, üç nevidir. İkisi, ünsî veya vahşî hayvanlarda yapılan zebh ile nehrden ibaretdir. Zebh, hayvanı boğazından kesmektir, nehr ise deve gibi bir hayvanı göğsündeki kılâde yerinden boğazlamaktır. Üçüncüsü de elde edilemeyen vahşî hayvanlarda yapılan ukurdan, yani: Bunları silâh ile veya muallem av hayvanıyla cerh suretiyle öldürmektir. Cerh, hayvanın kanını akıtmakla tahakkuk eder, velev ki derisi yarılmasın.

3 — : Bir tezkiyenin sıhhati için kesilen hayvanın hulkumiyle iki vedecinin tamamen kesilmesi şartdır. Hulkum, nefesin mecrası olan kasaba = Boğazdır. Vedec de boğazın iki safhasında bulunan iki damardır ki, bunlara şah damarı denilir.

4 — : Saydı berride cerh lâzımdır, yani: Her hangi uzvundan bir mikdar kan çıkarılması şartdır. Saydı bahride cerh ve saire şart değildir. Çünkü bunların meytesini de yemek helâldir,

5 — :Avin mütevahhiş olması şartdır.

Deve, sığır, gibi bir hayvan, kaçıp vahşî hayvanlara iltihak etse mücerred cerh ile eti helâl olmaz.

6 — : Muallem hayvan, avladığı avın etinden yese de — meşhur olan kavle göre — o avın eti helâl olmakdan çıkmaz, yine yiyilebilir.

7 — : Avcının avı görmesi veya avın bulunub bulunmadığını bilmesi şart değildir. Mağarada veya ormanlık veya kayalık bir yerde saklı bir av dahi, saldıran mualllem hayvan tarafından cerh edilerek öldürülse eti helâl olur.

Kezlik: Avcı, avlamak istediği hayvanın mübahül'e kl olduğunu zannetdiği halde nev'ini yanlış tahmin etse, meselâ: Tavşan zannetdiği av, ceylân zuhur etse yine eti iyilir.

Fakat avcı, avın haramül'e kl olduğunu zannetmiş olduğu halde cerh ve katl edilen av, hilâfı zuhur eylese eti iyilemez. Çünkü bu takdirde bunu tezkiye maksadiyle avlamamıştır. Bu maksadla ava silâh atmış veya mualllem hayvanı saldırmış değildir.

8 — : Avcı, müteaddid avlara silâh atarken veya av hayvanını saldırırken bunları hepsini avlamak niyyetinde bulunsa veya hiç böyle bir niyyetde bulunmasa bunlardan hangisi avlansa eti iyilebilir. Fakat muayyen birine niyyet ettiği halde başkası avlansa bunun eti helâl olmaz. Çünkü bir avın helâlül'e kl olması için şart olan niyyet, bu hayvan hakkında bulunmamıştır.

9 — : Avladığı hayvanın eti iyilir kimse ile iyilmez olan kimse bil-iştirâk bir ava silâh atsalar veya mualllem hayvanı saldırsalar da bu avın eti iyilmez. Çünkü bir şeyde muhrim ile gayrı muhrim içtima etse muhrim ciheti galib gelir. Nitekim mualllem hayvan ile gayrı mualllem hayvanın birlikde cerh ve katl ettikleri av hakkında da hükm böyledir.

10 — : Avcı, cerh edilen avı takib etmekde teenni göstermiş olsa bu avın eti iyilemez. Meğer ki onu daha ölmeden kavuşub kesmeğe kâdir olamayacağı hakkında zamm-ı galibi bulunsun.

11 — : Tezkiyeye niyyet vâcib olduğu gibi zebh ve nehr ânında veya cerh için silâhını veya av hayvanını istimâl zamanında «Tesmiye» de bulunmak da vâcibdir. Tesmiyeden maksad, (Bismillâh Allah-ü Ekber) demektir. Ahsen olan budur. Maamafih yalnız (Bismillah) veya (Allah-ü Ekber) veya (Lâ havle velâ kuvvete illâ billâh) veya (Subhanallah) veya (Lâ ilâhe illallah) denilmesi de kifayet eder. Bunların hepsi de tesmiyedir.

12 — : Deve gibi boynu uzun olan hayvanlar, nehr suretiyle boğazlanır, bir zaruret bulunmadığı halde nehr suretiyle boğazlanmazsa — meşhur olan kavle göre — eti iyilmez.

Bilâkis koyun ve hangi bir kuş bir zaruret olmaksızın nehr suretiyle boğazlansa eti iyilmez, vevlki sehven vâki olsun.

Zaruretden maksad ise hayvanın bir çukura düşüb de başka türlü kesilmesi kabil olmamak veya kesecek âletin bulunmaması gibi şeylerdir.

13 — : Bir saydı müteaddid kimseler görüb her biri bunu ahza kâdir olduğu halde içlerinden birisi daha çabuk davranıb elde etse buna

kendisi malik olur.

14 — : Bir av, avcının veya müşterinin elinden kaçıp da vahşi hayvanlara lâhik olduktan sonra onu başka birisi avlasa ona malik olur o evvelki avcıya veya müşteriye aid olmaz. Meğer ki, evvelce ünsiyyetli bir hale gelmiş olsun. Bu halde ikinci avcı buna malik olamaz.

Böyle bir hayvanın üzerinde hulliyyatdan bir şey bulunsa bu da ikinci avcıya aid olmaz, lukata mesabesinde bulunur.

15 — : Bir kimse, bir av hayvanı tarafından veya atılan bir silâh ile cerh edilib ölmek üzere bulunan bir avı görür de boğazlamaya kudreti olduğu halde boğazlamaz da bu av, aldığı cerhden ölürse meyte mesabesinde olur, etini yemek kimseye helâl olmaz. Bu halde ona tesadüf eden kimse, bu avın kıymetini avcıya zâmin olur.

Boğazlamaya kudret ise kesmeğe vâkıf ve kesecek âlet mevcud olmakla tahakkuku eder. Nitekim bir kimse, yanında bulunan bir vesikayı imha edib de bu yüzden bir hakkın ziyaına meydan verse bu hakkı zâmin olur.

Kezalik: Yanında fazla taam veya su bulunan kimse, bunları muztar olan bir şahsa veya bir hayvana vermeyib de onun telef olmasına sebebiyet verse onun insan ise diyetini, hayvan ise kıymetini zâmin olur. Çünkü cemiyet efradı arasında nefsleri, malları hıfz için bu gibi muvasat bir vecibedir. (Şerh-i Muhammedil'hırşî, Hâşiyel-i Aliyyil'adevî).

ŞAFİİ'LERE GÖRE SAYD VE İSTİYAD :

1 — : Sayd için kelb de, yırtıcı hayvanlar da kullanılabilir. Bunların muallem olması şarttır. Bir yırtıcı hayvanın muallem olması, sahibi saliverince gitmekle ve menedince gitmeyib durmakla ve tutduğu avdan yememekle malum olur. Ezhar olan, bir hayvanın muallem sayılması için yemeyi terk etmesi şarttır. Bu hal tekerrür etmelidir ki muallem olduğuna zan hâsıl olsun.

2 — : Bir av hayvanı, muallem olduğu zâhir olduktan sonra tutduğu avın etinden yiyecek olsa o avın eti yiyilemez, helâl değildir, ezhar olan da budur, o hayvanın yeniden talimi şart olur.

3 — : Bir av hayvanı, üzerine saldırdığı ava yüklenerek ağırlığıyla avı öldürse — ezhar olan kavle göre — o av helâl olur, eti yiyilebilir.

4 — : Avcı, av hayvanlarından birini kasd edib silâhını atdığı halde başkasına isabet etse — esah olan kavle göre — helâl olur.

5 — : Muallem kelb ile av, avcının gözünden gaib olduktan sonra

av ölü olarak bulunsa haram olur.

Kezalik: Av hayvanı, avı cerh etdikten sonra av gaib olub da bilâhare ölü olarak bulunsa — ezhar olan kavle göre — haram olur.

6 — : Bir kimse, bir ava onu elinde zabt etmesiyle veya onu ölecek bir halde cerh etmesiyle veya kanadını kırmasıyla veya sayd için kurduğu tuzağa düşmesiyle mâlik olur. Malik olunca da onun boşanıp kaçmasıyla, veya esah olan kavle göre onu kendisinin salıvermesiyle ondaki mülkiyyet hakkı zâil olmaz.

7 — : Bir kimsenin güvercini, başkasının burcuna çıkıp gitse reddi lâzım gelir. Güvercinler birbirine karışıp da temyizi çetin olsa bunların bu halde satılması, veya üçüncü bir şahsa bağışlanması sahih olmaz. Şâ-yed satılır da adedleri malum, kıymetleri müsavi olursa bey'i, sahih olur. (Minhaüttalibin).

HANBELİ'LERE GÖRE SAYD VE İSTİYAD :

1 — : Sayd, masıd mânasınadır ki, av demektir. Tab'an mütevehhış, hemen elde edilmesi gayrı makdûr, helâl olan her hangi hayvan, avdır.

İstiyad ise mübahdır, lehv ve eğlence tarikiyle olması mekruhdur, başkalarının ekinlerine, mallarına zarar vermek suretiyle yapılması haramdır.

Av, mekûlâtın efdalidir. Ziraat de müktesabâtın efdalidir. Sanayi'in efdali de hiyatatdır.

2 — : Bir av etinin helâlü'ekl olması için şu gibi şartlar vardır:

(A) : Avcı, av vasıtasını istimâl ettiği zaman tezkiyeye ehl olmalıdır, yani: Keseceği hayvanların yiyilmesi şer'an helâl bulunmalıdır. Binaenaleyh bir mecûsinin avlayacağı saydi berrinin ekli müslümanlarca helâl değildir.

(B) : Av âleti, kılıç, bıçak gibi cerh edecek bir halde bulunmalıdır veya mualllem kelb veya şahin gibi cerh eder sairbir hayvan olmalıdır. İmam Ahmed'e göre simsiyah olan bir kelb ile istiyad caiz değildir. Bunda şeytanî bir fitrat vardır. İbni Ömer ile Mücahid'e göre ise istiyad, yalnız kelb ile olur, sair mualllem hayvanlar ile olamaz.

(C) : Av âleti, istiyad kasdiyle kullanılmalıdır. Binaenaleyh bir av hayvanı ava salıverilirken avlamak kasdı bulunmasa veya av görülmeden av hayvanı salıverilse veya mualllem hayvan kendi kendine gidip avı öldürse bu avın eti helâl olmaz.

(D) : Mualllem hayvan ava karşı salıverilirken veya silâh atılırken tesmiye — İsmullahı zikr bulunmalıdır. Veleve sehven tesmiye terk edilirse

avın eti helâl olmaz.

3 — : Havada, ağaçda veya duvar üzerinde bulunan bir av, istiyad kasdiyle atılan bir şeyin isabetiyle ölü olarak aşağıya düşse eti helâl olur. Çünkü onun ölümü kendisine isabet eden bir cerhden dolayı olmuş olur.

Fakat av, atılan bir silâh üzerine suya düşse veya yukarıdan aşağıya düşüb kendisini bir şey çığnese de bunlar kendisi gibi bir hayvanı öldürecek bir halde bulunsa bu avın eti helâl olmaz.

Kezalik: Keskin zehirli bir demir ile öldürülmüş bir avın eti de yiyilemez. Çünkü bu zerhin tesiriyle ölmüş olması muhtemeldir. (Neylül-me'ârib).

ZÂHİRÎ'LERE GÖRE SAYD VE İSTİYAD :

1 — : Tevehhüş edib kaçan, avlanmaksızın elde edilmesine kudret bulunmayan her hangi kara hayvanı sayd sayılır.

Böyle bir hayvanın tezkiyesi; ok, kılıç, bıçak gibi tesir eden bir şeyin atılmasıyla olur. Böyle bir şeyin isâbetiyle hemen ölüb de diri olarak tutulmasa başka tezkiyeye mahal kalmayıb eti yiyilebilir. Hattâ diri olarak tutulduğu halde serian ölmek vaziyetinde bulunsa yine tezkiye — Boğazlanmaksızın da eti yiyilebilir. Şu kadar var ki, boğazlamak güzeldir. Fakat serian ölmeyecek bir halde mecruh ise boğazlanmayınca eti helâl olmaz.

2 — : Kitabî olmayan gayrı müslimin veya çocuğun kesdiği veya avladığı hayvanın ve haksız yere alınan bir âlet ile avlanan avın eti yiyilemez.

Kezalik: Üzerine amden veya nisyanen ism-i ilâhi zikredilmeyen bir hayvanın eti de yiyilemez.

Bir kitabî, zikr etdiği ismullah ile Hazreti Mesîhi kasd etse de bu kasdine bakılmaz, zikr etdiği ismullah kâfi görülrerek kesdiği veya avladığı hayvanın helâl olduğuna kail oluruz. Atâ'nın, Leysin, Sevrî'nin, Ebû Hanîfe'nin, Şafî'nin, Ebû Süleyman'ın — Yani: Davud-i Zâhiri'nin kavilleri de böyledir. İmam Malik ise kitabilerin kesdikleri hayvanların etlerini yemeyi kerih görmüşdür.

3 — : Herhangi av, taş ile veya yırtıcı bir hayvanın çarpmasıyla ve saire ile yaralanıb da daha ölmeden, yani: Henüz bakıyye-i hayatı mevcud iken elde edilerek besmele ile zebh edilse eti helâl olur.

4 — : Bir cemaat, bir ava silâhlarını atdıkları halde içlerinden yalnız birisi veya cümlesi besmelede bulunmuş olsa bakılır: Eğer hepsinin veya yalnız besmeleyi okuyanın atdığı silâh ile av ölmüş ise eti yiyilir. Fakat besmeleyi okuyan zatın silâhı isabet etmeyib de diğerlerinin silâhiyle ölmüş olursa eti yiyilmez.

Maahaza hepsi de besmeleyi okuyub hepsinin de silâhı ava isabet etmiş olursa ava hepsi de malik olur. Fakat bazılarının silâhı ava isabet etmezse veya bazıları tesmiyede bulunmuş olmazsa bunlar ava malik olamaz.

5 — : Bir kimse, bir ava silâhını atıp da bir uzvunu kendisinden koparıp atsa bakılır: Eğer hayvan derhal ölürse veya kendisi elde edilmekten ölecek olursa kendisi de o kopmuş uzvu da yiyilir. Fakat avcı kendisine yetişip de henüz kesilmiş bir hayvanın yaşayabileceğinden ziyade yaşayabilecek bir halde bulunursa tezkiyesi yapılır, kendisi helâl olur, kopmuş olan uzvunu yemek ise helâl olmaz. Çünkü bu takdirde o uzuv hakkında tezkiye bulunmamış olur.

6 — : Bir kimse, bir vahşi hayvanı veya su avını hayyen veya müzekkâ olarak elde etse ona sair emvâli gibi malik olur. Bu hayvan, tevalihüş ederek kırlara veya denize avdet etmiş olsa da yine o kimsenin mülkünde kalır, onun rizası olmadıkça başkasına helâl olmaz. Bunların doğuracağı yavruları da o kimseye aiddir.

7 — : Av, kendisini evvelce yaralayana aiddir. Bilâhare bunu başkası da yaralayarak öldürse bunun mislini evvelki yaralayan avcıya zâmin olur. Çünkü onun mülküne taaddide bulunmuştur.

8 — : Av hayvanının muallem olması lâzımdır. Bu hayvan, avladığı avın etinden yemeye kâdir olduğu halde hemen yemeyip de bir müddet dursa da bâdehu yiyecek olsa etin bakiyyesi helâl olur. Çünkü bu halde o avı, kendisini salıveren avcı namına avladığı anlaşılır. Bilâhare yemesi ise açlıktan dolayı olmuş olabilir. Nitekim tutduğu hayvanın etinden avcı kesip verdiği takdirde de bunu yemesinden dolayı muallem olmaktan çıkmaz, etin bakiyyesi yine helâl olarak kalır.

9 — : Simsiyah veya iki gözünün üzerinde birer beyaz nokta bulunan bir kelbin öldürdüğü av eti yiyilemez, haramdır. Böyle bir hayvanı ne av için ve ne de başka bir şey için tutmak helâl değildir.

10 — : Gayrı muallem hayvanın avlayıp öldürdüğü avın eti helâl olmadığı gibi ava kendiliğinden saldıran muallem veya gayrı muallem bir hayvanın tutub öldürdüğü avın eti de helâl olmaz. Meğer ki av, henüz bakiyye-i ruhu mevcut iken elde edilip usulü dairesinde boğazlansın, o halde eti yiyilir. (Elkitabül'muhallâ).

YIRMI ÜÇÜNCÜ KİTAB

Mefkudlara, lakitlere, lukatalara müteallik mesaili muhtevi olub
bir mukaddime ile üç bölüme ayrılmıştır.

MUKADDİME

MEFKUDA, LAKİTE VE LUKATAYA MÜTEALLİK İSTİLAHLAR :

1 — (Mefkud) : Mekânı, hayat ve mematı bilinmeyen gaib kimsedir. Buna «Gaybet-i münkatia ile gaib» namı da verilir. Böyle bir kimseye hem beldesinden ayrılib tagayyüb etmiş olması, hem de alâkadarlar tarafından araştırılması münasebetiyle «Mefkud» denilmiştir. Çünkü mefkud, fakid tâbirleri lugat itibariyle gaib etmek, madûm olmak ve araştırmak mânalarını ifade eder. «Fakd» lâfzından müştakdirler.

2 — (Fıkdan) : Fukûd kelimeleri de fakd gibi gaib etme, gaib olma, bâdelvücud madûm olmak mânalarını ifade eder, mukabilleri: Vücud, vicdandır.

3 — (İfkad) : Bir şeyi gaib ettirmek mânasıdır. Gaib olan bir şeyi araştırmaya da «İftikad, tefekkud» denilir.

4 — (Lakit) : Lûgatte melkut mânasına olarak mutlaka yerden kaldırılmış şey demektir. Bilâhare menbuz veled, yani: Atılmış çocuk mânasında istimâli şâyi olmuştur. Çünkü yere atılan şeyler, adete nazaran yerden kaldırılır. Himayeyle lâyük bir şey ise himaye edilir. Bir yere atılan çocuk da oradan kaldırılacağı cihetle kendisine — meâli hali itibariyle — lakit namı verilmiştir. Bir şeye âkibetine göre ad verilmesi lûgatte şâyidir. Yaş üzüme hamr, ölecek bir halde bulunan bir zihayata meyyit ismi verilmesi gibi.

Lakit ıstılahta: Ehli tarafından bir yere atılmış diri veya ölü çocuk demektir.

5 — (İltikat) : Bir çocuğu atılmış olduğu yerden alıp kaldırmaktır.

Onu alıb kaldırana «Mültekit, lâkit» denilir.

6 — (Menbuz) : Bazı zevata göre hemen doğmasını müteakib bir yere atılmış bulunan çocuktur. Lakit ise böyle değildir. Lakit, kendi mesalihini, meselâ: Yiyip içmesini bizzat idareden âciz bir halde olarak bulunan herhangi erkek veya kız çocuğudur.

7 — (Lukata) : Lûgatte alıb kaldırmak mânasına olan lakit lâfzından mehuzdur. Gaib olmuy, düşürülmüş bir mala da — hasbel'âde alınıb saklanıldığı cihetle — lukata namı verilmiştir.

Lukata tâbiri, aza da çoğa da şâmil bir ismi cemidir. Lâfzan cem'i: «Lukatat»dır.

Lukata. «Canlı ve cansız iytik mal», «Maliki bilinmeyen sâkit mal» veya «Yolunu şaşırmış hayvan», «Ziyaa maruz herhanvi masum bir mal» diye tarif olunmuştur. Bunlar binnetice müttehiddirler.

Lukatayı kaldıran kimseye: Lâkit, mültekit denildiği gibi bu yoldaki harekete de iltikat denir. Bu cihetle lukatayı: «Zayi olan bir şeyi temellük için değil, sahibi namına hıfz için alıb kaldırmaktır» diye de tarif etmişlerdir. Bu, aynı zamanda iltikatın da tarifidir.

8 — (Dal) : Yolunu şaşırmış insan demektir. Gaib olmuş, yerinden uzak düşmüş itik hayvana da bilhassa «Dalle» namı verilir.

(B İ R İ N C İ B Ö L Ü M)

MEFKUDLARA DAİR MESAILİ MUHTEVİDİR

İÇİNDEKİLER : Mefkudun mahiyeti, vaziyeti hukukiyyesi, hâkimin mefkud üzerinde velâyeti ve hakkında bazı tasarrüfleri. Mefkud için kayyım nasb edilmesi, ve kayyimin yapıp yapamayacağı işler. Mefkudun malından kimlere nafaka verilebileceği. Mefkudun vefatına hükm edilmesi ve bu hükmün netayici hukukiyyesi. Bir mülâhaza.

MEFKUDUN MAHIYETİ VE HUKUKÎ VAZİYETİ :

9 — : Mefkud, ikametgâhı ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen gaib kimsedir. Berhayat olup olmadıtına dair haber alınan bir gaibe ise mefkud namı verilmez. Maamafih gaib ile mefkud arasında ahkâm itibariyle de fark vardır. Meselâ: Hâkim, gaibin emvalinde tasarruf ve gaib namına kayyım tâyin edemez. Mefkud ise bunun hilâfınadır.

Velhâsıl: Beldesinden tegayyüb edib de nerede olduğu, yaşayıb yaşamadığı bilinmeyen herhangi bir şahs, mefkud olduğu gibi esir olarak darıharbe götürölüb sağ olup olmadığına dair haber alınamayan kimse de mefkud hükmündedir.

10 — : Bir mefkud kendi nefsi hakkında diri, başkaları hakkında ise ölü sayılır. Başka bir tâbir ile mefkud, kendisine muzir olan ahkâm hususunda berhayat sayılır. Bunlar, mevtinin sübutuna mütevakıf bulunan hükümlerdir. Malının mirasa konulması gibi. Bilâkis kendisine faideli, başkasına muzir olan ahkâm hususunda ise ölü sayılır. Bunlar da hayatının sübutuna tevakkuf eden hükümlerdir. Başkasına vâris olmak gibi. Çünkü mefkudun hayatı bir hücceti dâfia olan istishab tarikile sâbittir, yani: Mefkudun hayatı evvelce sâbit olduğundan bunun zevâline bir delil bulunmadıkça bekasiyle hükm olunur.

Binaenaleyh mefkud, bu vechile berhayat sayıldığından başkaları onun aleyhine olarak bazı hukuka nail olamazlar.

Fakat istishab bir hücceti müsbite olmadığı, yani: Evvelce sâbit olmayan bir şeyin sübutu için bir delil teşkil etmediği cihetle de mefkud, bu asle istinaden başkaları aleyhine olarak tevarüs gibi bir takım haklara kâil olamaz.

Filhakika mefkudun berhayat addedilmesi, evvelce hayatı sâbit olup

bilâhare vefat edip etmediğinin meşkûk bir halde bulunmasından ileri gelmektedir. Bu cihetle mefkudun tahtı temellük ve tasarrufunda bulunan emvali ve sair bir kısım şahsî hakları kendisinin hakikaten veya hükmen vefatı tarihine kadar siyanet altında bulunur.

Fakat böyle zarûreten sâbit olan şeylerin kendi mikdarlarınca takdir olunması da hikmet ve maslahat icabatındandır. Binaenaleyh bu hususda tatbik sahasını tevsi etmek, mefkudu kemafissabık kat'î surette berhayat sayarak kendisinin sabık haklarından başka yeniden bir takım haklara da nailiyetini kabul etmek doğru olamaz.

Mahaza «Beka ibtidadan esheldir», «Bekaen tecviz edilen bir takım şeyler ibtidaen tecviz edilemez» tarzındaki kavaidi külliyyeye nazaran mefkudun kendi emvali üzerindeki sabık haklarının, bekasını kabul etmek icab ederse de kendisinin mefkudiyeti halinde tevarüs gibi bir tarik ile başkasının zararına olarak yeniden bir takım haklara nailiyeti kabul edilemez.

Şu da malûmdur ki, irse istihkak, kat'î bir sebebe istinad eder. O da vâris olacak şahsın kat'î surette berhayat bulunmasıyla kabil olur. Mefkudun ise hayatı kat'î surette malum olmadığı cihetle mefkudiyetinden sonra vefat eden kimselere vâris olması tecviz edilemez.

Maamafih mefkudun tevarüsü tecviz edildiği takdirde bir çok kerrâ irs muameleleri, teşevvüşleri mucib olur, daha yakın vârislerin haklarının ziyana sebebiyyet verir, hakikatı ketm suretiyle bazı tezvirat ikaina müeddi olabilir. Şöyle ki:

Evvelâ: Hükûm zamanına kadar mefkudun ne tarihten itibaren vefat etmiş addolunacağı kat'î surette kesdirilemeyeceğinden o zamana kadar mefkud hakkında birhayat nazariyyesi bizzarure kabul edileceği cihetle bu müddet zarfında vefat edecek bazı kimselerin terekesinden mefkuda bir hisse ifraz edilebilecektir. Halbuki müehhâren zuhur eden bir beyyineye binaen mayize ircaı hükûm ile mefkudun daha evvel vefat etmiş olması tahatı hükme alınabileceği ihtimâl dairesindedir. Bu halde mefkudun hisse-i irsiyyeye müstahik olmadığı tezahür ederek bu suretle hakikaten vâris olacak kimselerin ızrarı cihetine gidilmiş olduğu tahakkuk eder, buna meydan vermek ise elbetde tasvibe şayan olamaz.

Saniyen: Mefkudun vefatına hükûm tarihine kadar başkalarına tevarüs etmesi tecviz edildiği takdirde devamı hayatı meşkûk olan bir kimse, hayatı kat'iyyen malûm olan sair vereseye müzahim olacaktır. Böyle bir muamelenin muvafık görülemeyeceği ise bedihîdir.

Salisen : Mefkudun tevarüsü kabul edildiği takdirde çok kerre bir müteveffanın terekesine kendi akrabasından olmayan veya karabetleri kendisine binnisbe yakın bulunmayan eşhasın mefkud vasıtasıyla tevarüs etme-

leri icab eder ki, bu da hakkaniyete muvafık görülemez.

Rabian : Mefkudun daha evvel vefat etmiş olduğuna efradı ailesi veya sair akrabası, herhangi bir suretle muttali oldukları halde mücerret başkasından mirasa nail olmasını temin maksadiyle bunu ketm edebilirler. Bu, her zaman ihtimâl dahilindedir. Bu yüzden vârislerin mütezarrır olacakları ise aşikârdır.

Velhâsıl: Mefkudun başkalarına tevarüs etmesi adalete mukarin olamaz. Bu hususda asıl yapılacak muamele, mefkudun vâris olabileceği kimselerden birinin vefatı halinde mefkut namına — hayatta bulunduğu takdirde — isabet edecek hissenin ihtiyaten tevkif edilmesidir. Bu hususda mezâhibi selâse fukahası müttefikdirler. Hanbelî mezhebinde de asıl olan budur.

(Mahaza Hanbelî mezhebine mensub bazı fukahaca mefkudun tevarüs hakkına malikiyeti kabul edilmiştir. Bu hususa dair aşağıda bazı tafsilât görülecektir.)

11 — : Mefkudun kendi nefsi hakkında berhayat sayılması esasına aşağıdaki gibi meseleler teferru eder:

12 — : Mefkudun vefatına hükm edilmedikce malları vârisleri arasında taksim edilemez. Çünkü verese, müverrislerinin emvâline vefatından sonra müstahik olurlar. Mefkudun ise vefatı malûm değildir. Şu kadar var ki vârisler, ellerinde bir miktar menkûl emvâl bulunduğu halde mefkudun vefatını iddîa etseler hâkim, yalnız bu emvâlî aralarında taksim edebilir. Çünkü veresemin sözü, ellerinde bulunan bu mallar hakkında müteberdir.

Kezâlik vârisler, mefkudun vefatını bilikrar ona aid bir deyinden veya bir vediadan hisselerini almak isteyib de borçlu ile müstevda da mefkudun vefatını itiraf etseler hâkim, bunları da verese beyninde taksim edebilir.

Mahaza bundan akaret müstesnadır. Akar böyle ikrar ile taksim olunamaz.

13 — : Mefkudun evvelce yapmış olduğu akdi icare, mefkudiyetile münfesihi olmaz. Çünkü icare mucir ile müstecirden birinin vefatiyle münfesihi olur, mefkud ise berhayat sayılmaktadır.

14 — : Mefkudun medyunu zimmetinde, müdei veya müzaribi elinde bulunan mallarını beytül'mâl emini hıfz için alamaz, velevki mefkuda vâris olacak bir kimse bulunmasın. Nitekim bu malları mefkuda vâris olacak kimselerde bunlardan isteyib alamazlar. Meğer ki bunların hiyanetleri zâhir olsun. o zaman hâkim bu malları alarak emin bir kimseye tev-

di edebilir.

15 — : Mefkudun vefatı hakikaten veya hükmen sâbit olmadıkca re-fikası başkasiyle evlenemez. Çünkü mefkudun hayatiyle zevciyyet hakkı na malikiyyeti evvelce yakinen sâbit, müahheren vefatiyle zevciyyetin ze-vâli ise meşkûkdür. Yakinen sâbit olan bir şey ise şek ile zâil olmaz.

16 — : Mefkudun başkaları hakkında meyyit sayılması esasına da şu gibi meseleler, müteferri olmaktadır:

17 — : Mefkud, başkasına vâris olamaz. Şu kadar var ki berhayat ol-duğu takdirde nâil olacağı hissei irsiyye ihtiyaten tevkif edilir. Bilâhare berhayat olduğu anlaşılırsa bu hisseyi alır, anlaşılmazsa bu hisse sâir vâ-rislere verilir.

Meselâ: Mefkudun babası vefat ederek mefkud ile beraber iki oğlu-nu daha terk edecek olsa terekese üç müsavi sehime ayrılıb iki sehimi mev-cud bulunan iki oğla verilir, diğer bir sehmi de mefkud namına hıfz edi-lir. Bilâhare mefkud zuhur ederse bu sehme müstahik olur, zuhur etme-yib de vefatına hüküm edilirse o bir sehim dahi diğer iki oğla verilir.

Bu suretde mefkudun vefatına her ne kadar babasının vefatından sonra hüküm ediliyorsa da mefkud, miras hususunda mefkudiyyeti zama-nından itibaren vefat etmiş sayıldığından babası o zamanda berhayat bu-lunmuşdur.

18 — : Mefkudun vârislerinden olacak bir kimse, mefkudun berha-yat olduğunu biliddia bir terekeden hisse-i irsiyyesini talep edecek olsa bu iddiası dinlenemez. Çünkü mefkudun berhayat olduğunu iddia etmek-le kendisinin mefkuda aid terekede hakkı olmadığını itiraf etmiş olur. Bir terekede hakkı olmayan kimsenin ise o terekeye müteallik bir husumete salâhiyyeti olamaz.

19 — : Mefkud, — berhayat olduğuna nazaran — bir kimsenin vere-sinden bulunub'da diğer vârislerinden bazılarını hecb ettiği, yani: Mi-rasdan kısmen veya tamamen mahrum bırakacak bir derecede bulundu-ğu takdirde bakılır: Eğer hecbi hirman ile hacr ediyor, yani irsden ta-mamen mahrum bırakıyor ise hecb edilen vârise terekeden hiç bir şey verilmez. Fakat hecb-i noksan ile hecb ediyor ise hecb edilen vârise iki nasibin ekalli verilir.

Şöyle ki: Bir kimse vefat edib de bir mefkud oğliyle iki kızını, bir de oğlunun oğlunu terk edecek olsa iki kızına terekeseinin sülûsanı değil, nısfı verilir. Çünkü mefkud, bunları hecbi noksan ile hecb etmiş olur, diğer nısfı da mefkud namına tevkif edilib müteveffanın hafidipe bir şey ve-

rilmez. Zira mefkud berhayat olunca bu hafidi hecbi hireman ile hecb eder.

Fakat bilâhare mefkudun vefatı hükmen sâbit olunca tevkif edilen nısıf hisseden iki kıza — terekenin mecmuuna nazaran — bir sūdüs daha verilerek hisseleri sūlusana çıkarılır, mütebâki bir sūlūs de mezkūr hafide verilir.

20 — : Mefkud, berhayat olarak zuhur etmedikce namına yapılan vasiyete müstahik olamaz. Şöyle ki: Bir mefkud için bir şey vasiyet etmiş olan kimse vefat etse o şey, mefkudun hali tebeyyün edinceye kadar mevkuf tutulur. Musinin vefatı zamanında berhayat olduğu sâbit olursa mefkud o vasiyet edilen şeye müstahik olur, sâbit olmayıb bilâhare vefatına hükm edilirse mevkuf bulunan şey, (musabih) mûsinin veresesine iade edilir. Çünkü bu halde mefkud, musiden evvel vefat etmiş sayılır. (Mebşût, Bedayî, Hindiyeye, Reddimuhtar).

HÂKİMİN MEFKUT ÜZERİNDE VELÂYETİ VE HAKKINDA

BAZI TASARRUFLARI :

21 — : Hâkimin mefkud hakkında velâyeti carîdir. Mahaza hâkim, mefkudun menkûl ve gayrimenkûl mallarını satamaz. Çünkü hâkimin gayib üzerindeki velâyeti, onun yalmz hukukunu hıfza münhasırdır, onun mallarını satmak ise bu hıfza münafidir. Meğer ki o malların bozulmasından, ziyandan korkulması gibi bir mülci bulunsun, bu takdirde hâkim, bu malları satarak bedelini mefkud namına hıfz eder. Fakat böyle bir sâik bulunmadığı halde satacak olsa mefkud zuhur edince bu malları müşterilerden istirdada müstahik olur.

Merkud namına hissei irsiyye olarak tevkif edilen akar ve saire hakkında da hükm böyledir. Bunlar, ziyandan korkulmadıkca satılmaz, şâyed bunlar beytül'mâl emini tarafından satılıp da bâdehû mefkud zuhur edecek olsa bunları müşteriden istirdad edebilir. Bu halde müşteri de verdiği semeni, beytül'mâl emininden talebe müstahik olur.

(Bu mesele, fukahayı Hanefiyyece böyle olmakla beraber vaktiyle mefkudların aleliltlâk emvâlini satabilmek için tarafı sultaniden kadılara, beytül'mâl emînlerine salâhiyyet verilmiş olduğu, Ebüssuûd Efendinin maruzatında mezkûrdur. Bu salâhiyyet, diğer bir mezhebi fıkhiye göre verilmiştir. Son zamanlarda beytül'mâl kassamlığı tarafından da mefkudların alel'umum mallart satılmakda idi. Binaenaleyh, mefkud bilâhare zuhur edince bu satış muamelesini fesh ettiremezdi. Çünkü bu muameleyi fesh için kadılar salâhiyetdar değildiler, meğer ki satış muamelesinde bir gab-

ni fâhiş bulunsun, o takdirde mefkud gelince bey-i vâki-i fesh etdirebilir-
di.)

22 — : Hâkim, mefkudun akarını borcunu tesviye için satabilir.

Kezalik mefkud, evvelce birinden satın almış olduğu menkûl bir malı henüz kabz ve semenini itâ etmeden tegayyüb etmiş olsa hâkim, o malı satarak bedelinden mezkûr semeni bâyiine itâ edebilir. Fakat o mal, akar olsa veya mefkud tarafından kabz edilmiş bulunsa satılamaz.

23 — : Hâkim, mefkudun evvelce borcu mukabilinde rehr olarak bırakmış olduğu bir malı mürtehinin talebi üzerine satarak semeninden borcunu tesviye edebilir.

24 — : Mefkudun evvelce satmış ve semenini almış olduğu bir mal, bilistihkak zabt edilmekle semenin müşteriye iadesi lâzım geldiği tahakkuk etse hâkim, mefkudun o semen cinsinden olan maliyle o semeni müşteriye tediye edebilir.

25 — : Hâkim, mefkudun akarını tamir ettirebilir. Fakat hâkimin izni olmadıkça mefkudun akarını, meselâ hanesini mefkudun vekili tamir edemez, velevki mefkud, bu tamir için evvelce vekiline salâhiyyet vermiş olsun. Çünkü mefkudun vefatiyle vekâletin zâil bulunmuş olması ihtimâl dahilindedir.

26 — : Vârisleri mefkud olan bir müteveffanın terekesinden bir kimse bir hak dâva edecek olsa hâkim, o dâva muvacehesinde dinlenebilmek için müteveffa namına bir vasi nasb edebilir.

27 — : Hâkim, mefkudun mallarını hıfz için emin bir kimseyi kayyım tâyin ve mefkudun nafaka cinsinden olan emvâlinde müstahik olanlara nafaka itâ edebilir. Nitekim bunlar, aşağıda izah edilecektir. (Haniyye, Hindiyye, Dürrümuhtar).

MEFKUD İÇİN KAYYİM NASB EDİLMESİ VE KAYYİMİN

YAPIP YAPAMAYACAĞI İŞLER :

28 — (Kayyım) : Mefkudun mallarını muhafaza, nâsın zimmetlerinde bulunan alacaklarını kabz, mefkudun emvâlinde usulü dairesinde tasarruf için hâkim tarafından nasb edilen emin, mutemet kimse demektir.

Hâkim, kayyımı mefkudun akrabasından veya haricden olarak tâyin edebilir, bunun tâyin edilmesini mefkudun vârisleri gerek taleb etsinler ve gerek etmesinler. Çünkü hâkim, kendi şahsî işlerini görmekten âciz olan her kimse için bir nazır, bir hâmi mevkiindedir. Binaenaleyh mef-

kut hakkında bu nazırlık salâhiyyetini kayyım nasb etmek suretiyle ifa eder.

29 — : Kayyım, mefkudun mallarını hıfz eder, ekinlerini, harmanlarını korur, borçlularından ikrar ettikleri matlublarını alır, ziyaandan korkulan mallarını hâkimin emriyle satar.

30 — : Kayyım, mefkud hakkında yaptığı bir akidden dolayı tahsili lâzım gelen bir hakkı dâva edebilir.

Meselâ: Mefkudun bir akarını icareye verse veya bozulmasından korkulan bir malını satsa müstecirden kira bedelini, müşteriden semeni me-bii dâva edib alabilir.

31 — : Kayyım, mefkudun lehine olan dâvalarda hasm olamaz.

Binaenaleyh kayyım, mefkudun müdei veya müzaribi elinde bulunan mallarını bunlardan dâva edib alamaz. Çünkü bunların elleri mefkudun eli mesabesindedir, bunların hıfzında olan bir mal, bizzat mefkudun hıfzında imiş gibi sayılır. Artık başkasının hıfzına hacet kalmaz. Bu cihettir ki, mefkudun evvelce zevcesine veya sair akrabasından birine emanet bırakmış olduğu bir malı bunların ellerinden alınamaz. Nitekim bu malları mefkudun vefatına hükm edilmedikçe vârisi de, beytül'mâl emini de bunların ellerinden alamazlar. Şu kadar var ki, hâkim, bir maslahat görürse bu malları alarak emin bir kimseye tevdi edebilir.

32 — : Kayyım, mefkudun başkası elinde bulunan bir akardaki veya, uruzdaki hissesini veya bir kimsenin zimmetinde olan bir alacağını inkâra mukarin dâva edemez. Çünkü kayyım, ne malikdir, ne de mefkudun nâibidir. Belki mefkudun mallarını hıfz için hâkim tarafından tayin edilmiş bir vekildir. Binaenaleyh bu gibi dâvaları ikameye salâhiyyeti yoktur.

33 — : Kayyım, mefkudun aleyhine olan dâvalarda hasım olamaz. Nitekim mefkudun veresesı veya mallarını hıfz için evvelce tâyin etmiş olduğu vekili de bu hususda hasım olamaz.

Binaenaleyh bir kimse, bunlardan biri muvacehesinde mefkuddan bir deyne veya bir şirkete veya bir nikâh ve talâka, yahud bir vedia ve em-sâline müteallik bir hak talep edecek olsa bu dâvası dinlenemez. Çünkü dâvayı bir hasım muvacehesinde ikame edebilir. Kayyım ise hasım olamaz, vereseye gelince bunlar da müverrislerinin vefatından sonra hasım olabilirler, halbuki müverrisleri olacak mefkud, vefatına hükm edilinceye kadar berhayat sayılmaktadır. Bu cihettir ki, mefkudun vefatı sâbit olur veya veresesı tarafından ikrar olumursa o takdirde alacaklılar, haklarını terekessinden talep edebilirler.

Şunu da ilâve edelim ki her ne kadar gaib ile mefkud hakkında gıyaben hüküm verilmesi, esasen kabul edilmemekde ise de bir hâkim, bunlardan birinin lehine veya aleyhine hüküm verilmesini maslahata muvafık görürse bu hususdaki ictihadına binaen bir kayyim veya bir vekili müsehar muvacehesinde ikame edilecek dâvayı dinleyerek hükmünü verebilir. Böyle gıyabî bir hüküm nafız olur. Çünkü bu cihet, ictihada mevzu teşkil etmiş bir meseledir.

34 — : Kayyim, mefkudun vekiline müzahim olamaz.

Binaenaleyh mefkudun muayyen bir husus hakkında evvelce tâyin etmiş olduğu vekili mevcut olunca o hususa kayyim müdahale edemez. Hatâ mefkudun bilcümle umurunu rüyet için evvelce tarafından nasb edilmiş vekili mevcut olunca ayrıca bir kayyim nasb edilemez. Çünkü müvekilin gaybubetinden dolayı vekil mün'azil olmaz. Vekil mevcut olunca da kayyime hacet kalmaz.

35 — : Mefkudun vârisleri, hâkim tarafından tâyin edilen kayyime muhalefet ederek malında tasarrufa kıyam edemezler.

36 — : Beytül'mâl emini, kayyim tâyin edilmedikce mefkudun malında tasarruf edemez. Binaenaleyh mefkudun bir malını hâkimin izni olmaksızın satıp da badehû mefkud zuhur edecek olsa o malı müşteriden istirdad edebilir. Mefkudun vefatı sâbit olduğu takdirde de bu istirdada veresi müstahik olur.

37 — : Hiyaneti sâbit olan bir kayyim, hâkim tarafından azl edilerek yerine mütemed bir kimse tâyin edilir. (Tatarhaniyye, Hindiyeye, Bah-rirâik, Reddimuhtar).

MEFKUDUN MALINDAN KİMLERE NAFKA VERİLEBİLECEĞİ :

38 — : Hâkim, mefkudun zuhuru halinde malından hükme muhtaç olmaksızın nafaka almağa müstahik olan kimselere, mefkudun gıyabında malından nafaka takdir edebilir. Bunlar, mefkudun zevcesiyle muhtaç olan usul ve furuundan ibaretdir.

Fakat mefkudun zuhuru halinde hâkimin hükmü olmadıkca malından nafaka almaya müstahik olmayan kimseler için hâkim, mefkudun gıyabında nafaka takdir edemez. Bunlar da mefkudun kardeşlerinden, amcalarından ve zirahm-i mahrem bulunan sair akrabasından ibaretdir.

İmam Züfer'e göre hâkim, mefkudun malından hiç bir kimse için nafaka takdir ve itâ edemez. Çünkü bu takdir, gaib aleyhine bir hüküm

mahiyetindedir. İmamı Âzama ve imameyne göre ise birinci kısma nafaka takdir edilmesi, bir hükm mahiyetinde değildir, belki gaib hakkında bir nazardan, bir himayeden ibaretdir. Çünkü bunlar zaten hükme muhtaç olmaksızın nafaka almaya müstahikdirler, bunlara nafaka verilmesi, bunların hayatlarını siyanet içindir. Bu siyanet ise aralarındaki zevciyyet rabitasına ve cüz'iyet ve bazıyyet alâkasına nazaran mefkudun hayatını siyanet mesabesindedir. Diğer kısma gelince: Bunların aralarında bu derecede bir rabita ve alâka mevcut bulunmadığından bunların nafaka alabilmeleri herhalde hükme muhtaçtır. Hâkim ise gaib aleyhine hükm veremez.

39 — : Hâkim, mefkudun ancak nafaka cinsinden olan mallarından müstahik olanlara nafaka verebilir, bu mallar mazrub olsun olmasın, altın ile gümüşden, ve mekûlât ve melbusât kabilinden olan şeylerdir.

Binaenaleyh mefkudun sair menkûl mallariyle akar gibi gayrı mevkûl malları satılarak nafakaya sarf edilemez. Çünkü bu gibi mallarını satmak, mefkudu hacr etmek, onun bu mallardaki alâka tasarrufiyesini kesmek demektir. Gaib olan hür, reşid bir şahs ise hacr edilemez.

Şu kadar ki bu mallar, ziyandan korkulduğu cihetle satılacak olursa semenlerinden icab eden nafakalar verilebilir. Çünkü bu takdirde c mallar, nafaka cinsine tebeddül etmiş bulunur.

40 — : Hâkim, mefkudun medyûnu zimmetinde veya müstevda elinde bulunan malından zevcesiyle usul ve furuuna nafaka verebilir. Şu kadar ki deyn ile vedia, ve zevciyetle neseb, hâkimce zâhir veya medyûn ile müstevdanın ikrarlariyle sâbit olmalıdır. Hattâ bunlardan yalnız borç ile vedia, veya yalnız zevciyet ile neseb, hâkimce zâhir olsa zâhir olmayan ciheti medyûn ile müstevda ikrar etmedikçe bunlardan nafaka verilemez.

41 — : Mefkuddan nafaka almaya müstahik olanlar, mefkudun medyûnundan veya müstevdeinden nafakalarını dâva edemezler. Şöyle ki: Medyûn veya müstevda, deyn ile vediayi ve zevciyet ile nesebi veya yalnız bunlardan birini inkâr edecek olsa aleyhine beyyine ikame edilemez. Çünkü bunlar, zevciyetin veya nesebin sübutu hususunda mefkud namına hasm olamazlar, bunların zimmetinde veya elinde bulunan mal da nafaka için herhalde taayyün etmiş sayılamaz.

42 — : Mefkudun medyûnunu veya müstevda, kendilerindeki malından mefkudun zevcesine veya usul ve furuuna hâkimin emri olmaksızın nafaka veremez. Verecek olsa müteberri olmuş olur.

Binaenaleyh mefkud zuhur edince medyundan alacağını, müstevda

dan da vediaı isteyebilir. Çünkü bunlar kendilerindeki malı ne sahibi olan mefkuda, ne de onun nâibine tediye ve teslim etmiş bulunmazlar, hâkim ise mefkudun nâibi mesabesindedir, mefkudun borcuna veya itâsiie mükellef olduğu nafaka hususuna muttali olunca bunu mefkudun malından tesviye edebilir.

43 — : Hâkim, mefkudun malından zevcesiyle sair müstahik olanlara nafaka verdiği takdirde kendilerinden bir kefil alınması müstahsen dir. Çünkü mefkud, zevcesini evvelce boşamış veya zevcesiyle sair müstahik olanlara nafakalarını evvelce peşin olarak vermiş olabilir.

44 — : Mefkudun namına bir müteveffanın terekesinden tevkif edilerek kayyimin hıfzına tevdi edilmiş olan bir irs hissesinden, mefkudun zevcesine veya usul ve furuundan birine nafaka verilemez. Çünkü mefkudun bu hisseye malikiyeti mütehakkak değildir. (Hindiyye, Bezzaziyye, Reddimuhtar). Sair mezheblerde de hükm böyledir.

(Fakat Hanbeli mezhebindeki bir kavle göre bu mevkuf hisse, mefkudun keşdi malı hükmündedir. Çünkü intizar edilecek muayyen bir müddet münkazi olmadıkca mevtine hükm olunamaz. Binaenaleyh bu mevkuf hisse ise mefkudun vârislerine intikâl eder ve bu hisseden intizar devresinde mefkudun borcu ve zevcesile behimesinin nafakası verilebilir. (El-muğni, Keşşafül'kına.)

MEFKUDUN VEFATINA HÜKM EDİLMESİ VE BUNUN NETAYİCİ HUKUKİYYESİ :

45 — : Mefkudun vefatı iki türlüdür:

Birincisi: Hakikaten vefatdır ki bu, bir hasım muvacehesinde beyyine ile sâbit olur. Şöyle ki: Bir mefkudun meselâ oğlu, bir mahkemeye müracaat ederek bir şahs muvacehesinde babasının vefatından bahisle o şahsın zimmetindeki alacağının veya yedi emanetindeki vediasının kendisine verilmesini bilverâse dâva ve o şahsın vefatı inkârına mukarın lâakal iki şahid ikame etmekle hâkim, vefata hükm etse mefkudun hakikaten vefatı (mevti) sâbit olmuş olur.

Mefkudun böyle bir medyunu veya müstevdaı bulunmadığı takdirde zevcesinin veya sair vârislerinden birinin, yahud bir alacaklısının iddiası üzerine hâkim, mefkud namına tayin edeceği bir hasım = Bir vekili mu-sahhar muvacehesinde dâvayı ve ikame edilecek şahidleri dinleyerek vefatına hükm edebilir.

Mefkud hakkında mevt beyyinesi, hayat beyyinesi üzerine müreccahdır.

Binaenaleyh bir mefkudun alacaklısı vefatına veresyesinden biri de hayatına beyyine ikame edecek olsa alacaklısının beyyinesi tercih olunur. Çünkü beyyine, hilâfı zâhiri isbat içindir. Mefkudun vefatı ise hilâfı zâhirdir.

İkincisi: Hükmen vefatdır ki, bu da muayyen bir müddetin geçmesi üzerine hâkim tarafından vukubulacak bir hükm ile sabit olur. Bu hükm, mefkudun ya medyûnu veya müstevdâ veya bunlar bulunmadığı takdirde hâkim tarafından tâyin edilecek bir vekili müsehhar muvacehesinde verilir.

46 — : Hâkim, mefkudun vefatına hükm edince emvâli bu hükm zamanında mevcut olan vârisleri arasında taksim edilir, zevcesi de bu hükm tarihinden itibaren iddeti vefat ile iddet beklemeye başlar.

47 — : Mefkud olanların hükmen vefatları hususunda zâhiren muhtelif, haddizatında bir esasa (yani mevt hakkında kuvvetli bir karine, galib bir zan husûlüne) raci olmak üzere aşağıdaki meseleler veçhile müteaddid akvâli fıkhiyye vardır:

48 — : Mefkudun vefatına ne zaman hükm edileceği veliyyül'emr ile onun nâibleri olan hâkimlerin reylerine muhavveldir. Bunlar kendilerinin ce tehassül edecek kanaata göre hükm ederler.

Meselâ: Alelâde bir şahs ile büyük bir mevki sahibi olan bir kimse'nin mefkudiyet vaziyetleri bir olamaz. Büyük bir zatın haberi biraz müddet münkati olunca vefatı hakkında bir zannı galib hâsıl olabilir, alellâde bir şahs hakkında ise böyle bir zan hemen tahassül edemez.

Binaenaleyh veliyyül'emr veya nâibi, mefkudun halini, yaşadığı müddeti, içinde bulunduğu şeraiti nazara alır, kendisince husûle gelen bir zannı galibe göre hükmünü verir. Kıyasa muvafık olan da budur.

49 — : Şemsül'eimme diyor ki: Tariki fıkha elyak olan, bu hususta bir müddet takdir edilmemesidir. Çünkü mikdarlar rey ile tâyin edilemez. Bu kavl, İmamı Âzam ile sair Hanefi imamlarından mervidir.

50 — : Mefkudun doğub büyümüş olduğu beldesindeki akrabaları nazara alır. Bunlar tamamen münkariz olunca vefatına hükm edilir. Çünkü akraba ve emsâli münkariz olmuş bir kimsenin halen berhayat olması, müsteb'addir. Yaşayış tarzına nazaran galib olan, bu halde mefkudun vefat etmiş olmasıdır.

Bu kavl, Hanefi fukahasıncâ zâhiri mezheb sayılmaktadır.

51 — : Doğduğu tarihten itibaren yüz veya yüz yirmi sene geçmiş

Bu esası kabul edenler, insanların bu yaşlara kadar yaşayabileceklerini nazara alıyorlar, mefkud hakkında ihtiyaten en yaşlı insanların hayatını mikyas ittihaz etmiş bulunuyorlar.

53 — : Altmış veya yetmiş yaşını ikmâl etmiş olacak mefkudların vefatlarına hükm edilir.

Buna kâil olan zatlar, şimdiki insanların alelekser altmış, yetmiş sene kadar yaşadıklarını nazara almışlar, ve bu babdaki bir hadis-i şerife istinad etmekte bulunmuşlardır. Müteehhir fukahanın ihtiyarları altmış senedir.

53 — : Mefkudun doksan yaşını ikmâl etmiş olmasıyle mevtine hükm edilir. Çünkü insanların doksan seneden ziyade yaşamaları nadirdir. Mahaza mefkudun mevtine hükm için akran ve emsalinin vefatları bir esesdir, fakat bunu tetkik ve tâyin müşkilâtta hâli olmayacağı cihetle doksan sene bu esas yerine kabul edilmiştir. Zira bu müddet galib-i ahvâle nazaran akran ve emsâlin inkirazı için kâfi bir müddettir.

Bu kavî, maslahata erfak görülmekdedir, fetva da bu veçhiledir.

54 — : Bir mehleke esnasında mefkud olanların yaşlarına bakılmaz, bunların vefatlarına bu hususda hâsıl olacak zannı galib zamanından itibaren hükm edilebilir.

Bu kavî de Hanefî fukahasıncı müftabihdir. Nitekim bir fetvada şöyle denilmiştir: «Zeyd mevkii harbde adâ ile muharebe etdikden sonra mefkud olub hayatı ve mematı malûm olmasa Zeydin mematı galib-i zan olacak mertebe müddet mürurundan sonra mevtile hükm olunmak sahîh olur mu, elcevab: Olur.» Şeyhül'islâm Üryânî zâde Ahmed Esad.

Böyle bir mefkudun saffı harbe girmiş olduğu beyyine ile sâbit olmalıdır. Asker arasından çıktığı sâbit olursa dari islâmda mehleke haricinde mefkud olmuş sayılarak hakkında diğer kavle göre muamele yapılır.

Diğer bir fetva da şu vechiledir:

«Zeyd kuttai tarik bulunan bir mevzide mefkud olsa Zeydin mematı galibi zan olacak mertebe zaman mürurundan sonra mevtile hükm olunmak sahîh olur mu, elcevab: Olur. Şeyhül'islâm Mustafa Sabri.

55 — : Bir mefkud, mevtine hükm edilib de emvâli veresesi arasında taksim edildikten, zevcesi de iddetini bilikmâl başkasile izdivaç etdikden sonra sağ olarak zuhur etse, veresesinin ellerinde mevcut olan mallarının istirdad edebilir. Fakat müstehlik olanları tazmin, zevcesini de ikinci kocasından tefrik etdiremez. Çünkü malların taksimiyle zevcesinin başkasıyla izdivaç edebilmesi bir hükme müstenid bulunmuştur. (Hanîyye, Hindîyye, Bahrirâik, Dürrümühtar).

Bu meseleler, Eimmei Hanefiyyeye göredir.

(Maliki'ler enazaran mefkudda dört hal, mutasavverdir:

1 — : Bilâ muharebe darıharbde tegayyüb eder. Bu, esirden mâdudur. Binaenaleyh tevellüdünden itibaren yetmiş ve alâriyayetin seksen sene geçmedikce ne malı ve ne de zevcesi hakkında vefatiyle hükm olunamaz. Meğer ki zevcesinin nafakası devam etmesin veya iffetinden korkulsun. O halde kadın talâkı ihtiyar edebilir.

Darı islâm ile darıharbden hangisinde tegayyüb etdiğinde şek olunan şahs hakkında da ihtiyaten hükm böyledir.

2 — : Gayrı müslimler ile bir muharebe esnasında tegayyüb eder. Bu kimse hakkında lâzım gelen tahkikat yapıldıktan sonra bir sene tecil olunur. Badehû zevcesi iddet bekler, malı da mevrus olur.

3 — : Darıislâmda bir mehleke esnasında, yani: Müslümanların arasında tahaddüs eden bir me'rekede tagayyüb eder. Bu kimsenin zevcesi hakkında üç kavl vardır. Birincisi: İki tarafın iltikası gününden itibaren iddet bekler. İkincisi iki tarafın birbirinden ayrıldığı günden itibaren iddetine mübaşeret eder. Üçüncüsü: Bu me'rekeden sonra mefkudun hayat ve mematına dair tahkikat yapılması için bir müddet tecil olunur, badehû iddet beklemeğe başlar ve malı mevrus olur.

Meselâ: Medine-i Münevvere ahalisinden bir zat, Afrika gibi belde-sinden uzak bir yerde vukubulan bir marekede gaib olsa bir sene tecil olunub bâdehû zevcesi iddet bekler ve bu iddetin mebbeinden itibaren o gaibin malı veresesi arasında taksim olunur.

Nitekim tâûn veya veba bulunan bir beldeye giden veya hâyile bir zamanda müsaferet edib de mefkud olan, yahud tâûn esnasında bir mahallele azimet etmeksizin kendi beldesinde tagayyüb eden kimsenin de zevcesi bu hastalığın zevâli tarihinden itibaren iddet bekler ve malı mevrus olur.

4 — : Bilâ mehleke darı islâmda tagayyüb eder. Bu halde tevellüdünden itibaren yetmiş sene hitam bulmadıkca vefatiyle hükm olunamayacağından malı mevrus olmaz. Lâkin zevcesi hakkında müracaatı üzerine hâkimin icra edeceği suâl ve muhabere neticesinde hayat ve mematına dair ıttılâdan yeis hâsıl olursa bu yeis tarihinden itibaren dört sene tecil olunur, bu müddetin inkizasını müteakib zevce — ayrıca hükme muhtac olmaksızın — iddeti vefatı bilikmâl başkasiyle izdivac edebilir.

Hattâ mefkudun malından nafakası devam etmediği takdirde bu müddetden evvel de — hâkimin izniyle — talâkını ihtiyara müstahak olur.

Tecil müddeti hitam bulmadıkca zevce, zevcinin nikâhında kalması ihtiyar edebilir. Fakat iddet beklemeğe başladıktan sonra kavli mute-mede nazaran bu ihtiyar hakkına malik olamaz, iddet nihayet bulduktan sonra ise bu hakka malikiyyeti bilittifak zâil olmuş olur.

Mefkudun vefatı için, intizar müddetlerinin hitamında hükm edilmedikce emvâli taksim edilemez, tevarüs, bu hükm tarihinden itibaren sâbit olur. Binaenaleyh hükm verilmedikce kimse, mefkuda vâris olamaz. VeleVKi bu hususdaki müddet gelib geçmiş olsun. Fakat zevcesi için bir müddet tâyin edilmiş olunca bunun hitamında zevcesinin talâkı ve iddet beklemesi için hâkimin hükm ve iznine ayrıca hacet yokdur. Çünkü evvelce bir müddet tâyin ve tecil etmesiyle hâkimin izni hâsıl olmuşdur. (Muh-tasar-ı Ebizziya ve Şerhi kebîr, El-müdevvenetül'kübra.)

(Safiî fukahasına göre de mefkud olan veya haberi münkati bulunan bir kimsenin vefatı, beyyine ile sâbit veya daha ziyade yaşayamayacağına dair bir zannı galib hâsıl olunca mevtiyle hükm olunur. Bu husus, hâkimin ichtihadına muhavveldir. Bunda esah olan kavle nazaran muayyen bir müddet yokdur.

Mefkudun mevtiyle hükm edilince emvâli, yalnız bu hükm tarihinde mevcut olan vârislerine aid olur.

Mefkudun vâris olacağı bir kimse vefat edince mefkudun hissei irsiyesi mevkuf tutulur, bilâhare hayatı zâhîr olmayıb mevtiyle hükm edilince bu hisse, birinci müteveffanın himi vefatında berhayat bulunan veresesine verilir, mefkudun vârislerine verilmez. Çünkü irs, şek ile sâbit olmaz, mefkudun daha evvel ölmüş olması ihtimâl dahilindedir.

Mefkudun mevtiyle hükm edilince bu hükm tarihinden itibaren zevcesi iddetini bilikmâl başkasile evlenebilir. Mefkud bu hükmden sonra berhayat olarak zuhur etse bu hükme binaen başkasile evlenmiş olan zevcesini isterse boşar, isterse nikâhında ibka eder. Çünkü vâki olan evlenmenin bütülanı zâhîr olmuş olur.

Kütübi Safiîyyede deniliyor ki: Hazreti Ömer ile Hazreti Osman, mefkudun zevcesi hakkında dört sene intizarda bulunub bâdehû dört ay on gün iddet beklemesiyle hükm etmişlerdir. Binaenaleyh böyle bir kadın, bu muayyen müddeti (Dört seneyi) bekledikden ve dört ay on günlük iddeti vefatı da ikmâl etdikden sonra başkasile izdivac edebilir. Şayed bu izdivaç neticesinde çocukları dünyaya geldikden sonra mefkud zuhur etse bu çocuklar, şübhe-i firâşa binaen ikinci zevce aid olursa da kendisi mefkuda iade edilir. Şu kadar var ki, bu kadın ikinci zevcinden ayrılışından nâşi icab eden iddeti talâkı ikmâl etmedikce birinci zevci olan mefkud ile münasebeti cinsiyyede bulunamaz, buna cevaz yokdur.

Mahaza mefkudun mevtiyle henüz hükm edilmeden zevcesi, iftirak kararı alabilir mi, alamaz mı? Meselesi fukahayı Şafiîyyece câyi nazardır. Fıkıhı Şafiîde esah olan kavle nazaran zevce, mefkud olsun olmasın, müsir veya mütevassitül'hâl olunca zevcesiyle aralarındaki nikâh, nafakanın verilmemesi yüzünden fesh edilemez, velevki onun malından nafakanın

tahsili müteazzir görülsün. Çünkü zevc, mûsir ve mütevassitül'hâl olununca zevcesi alelekser hâkim vasıtasıyla nafakasını istihsâle kâdir olabilir.

Fakat yine Şafîi fukahasından bir çoklarına göre nafakanın tahsili müteazzir olunca nikâh, fesh edilebilir. velevki zevc haddizatında mûsir olsun. Nitekim zevc, mü'sir olduğu, kesebe kudreti de bulunmadığı takdirde de nikâh fesh edilebilir. (Kitabül'üm. Tuhfetül'muhtac.)

(Hanbelî fıkhiine gelince: Buna göre mefkudlar iki kısımdır.)

Birinci kısım: Zâhiri selâmet olan bir gaybetle tagayyüb eden mefkudlardır. Mücerred ticaret gibi, tahsili ilim ve seyahat gibi bir maksadla beldesinden çıkıp haberi mün'kati olan mefkudlar bu kabildendir.

Bunların vefatları bilbeyyine sâbit olmazsa doğdukları tarihten itibaren doksan sene geçmesine intizar olunur. Diğer bir kavle nazaran yaşıyamayacağı kadar bir müddetin müruruna intizar edilir ki bunu tâyin hâkimin ichtihadına muhavveldir.

Şayed doksan yaşında bir kimse mefkud olacak olsa bunun için de intizar edilecek müddet, hâkimin ichtihadına tâbidir.

İkinci kısım: Zâhiri helâk olan bir gaybetle tagayyüb eden mefkudlardır. Harb safları arasında veya denizde parçalanmış bir gemide veya mehlekeden sayılacak bir müsaferet halinde gaib olan, yahud bir işi hemen görüb dönmek için harice çıktığı halde bir daha avdet etmeyen kimseler bu kısma dahildir.

Bunların gaybubetlerinden itibaren tam dört sene intizar olunur, ba-dehû malları, bu müddetin hitamında berhayat olan vârisleri arasında taksim edilir, zevceleri de iddetlerini bekleyerek başkasiyle evlenebilirler, ayrıca hükme lüzum kalmaz.

Mahaza bir kadının zevci gaib olub da nafakasının tahsili müteazzir olunca, bundan evvel de talebine binaen hâkim, aralarındaki nikâhı fesh edebilir.

Bir mefkud, mevtiyle hüküm edildikten sonra berhayat olarak avdet eylese taksim edilmiş emvalinden mevcut olanları istirdad eder, olmaları da tazmin etdirebilir.

Kezalik bir mefkud, zevcesi muayyen müddetin mürurunu müteakib başkasiyle akdi nikâhda bulunduktan sonra zuhur etse bakılır: Eğer bu nikâh üzerine henüz zifaf vâki olmamış ise zevcesi kendisine iade edilir, çünkü bu halde ikinci nikâhın bütlanı zâhir olmuş olur. Ve eğer zifaf vâki olmuş ise mefkud muhayyerdur, dilerse zevcesini yeniden akde muhtac olmaksızın tahtı nikâhında ibka eder, şu kadar var ki bu zifafdan dolayı icab eden iddet nihayet bulmadıkca bu kadına tekarrüb edemez. Dilerse ikinci nikâha razî olarak kadını ikinci zevcesine terk eder, bu halde yenisinden bir nikâh akdine lüzum kalmaz. Mahaza Hanbelî fukahasından bazı

zevata göre bu halde ikinci nikâhı tecdid lâzım gelir, kıyasa muvafık olan da budur.

Demek ki bu takdirde mefkud zevcesini tatlik etmiş olacaktır. (Eimuğnî, Neylül'meârib, Keşşafül'kına).

BİR MÜLÂHAZA :

Herhangi bir mefkudun vefatına, gaybubeti tarihinden itibaren on veya on beş sene gibi bir müddet geçmesini müteakib hükm edilmesi, fukahaca bir miqyas olarak kabul edilmemiştir. Çünkü iyi düşünülünce bunun doğru bir kıstas olmadığı tebarüz eder.

Meselâ: İki şahsdan biri kırk beş, diğeri de yirmi beş yaşında iken mefkud olmakla bunların vefatlarına gaybubetlerinden itibaren on beş sene hitamında hükm edilecek olsa bunlardan birinin tevellütünden itibaren altmış, diğerinin ise henüz kırk sene geçmiş bulunur. Bu aynı müddet ise bu iki mefkudun vefatı hakkında aynı kanaati tevliid edemez. Çünkü kırk yaşındaki bir şahsa nazaran altmış yaşındaki bir şahsın vefatı daha galibdir. Binaenaleyh on beş senelik bir müddet, kırk beş yaşında iken mefkud olan şahsın vefatı hakkında diğlerinden ziyade bir karine teşkil etmiş olacaktır.

Bu halde muhtelif yaşlardaki mefkudların vefatlarına aynı kuvveti haiz bir karine ile hükm edilebilmesi için fıktanlarından itibaren muhtelif müddetlerin tâyin edilmesi lâzım gelir. Bu cihet ise mefkudların tevellüdleri nazara alınmak suretiyle müntazam, muttarid bir tarzda temin edilmiş olur.

Meselâ: Bu hususda altmış senelik bir müddet kabul edilince mefruz iki mefkuddan birinin vefatına fıktanından itibaren on beş sene, diğerrinin vefatına da otuz beş sene hitamında hükm edilecektir. Bu müddetin müruru ise tabii şerait içinde her iki mefkudun vefatı hakkında aynı kanaati huşûle getirir, aynı derecede kuvvetli bir karine teşkil eder. Çünkü her ikisi de vefatlarına hükm tarihinde altmış yaşında bulunmuş olacaktır, bu yaşda vefat ise binnisbe galibdir.

Mahaza böyle bir mebde ile böyle bir müddetin kabulü, mefkudlar hakkında seyyanen tatbik edilecek bir düstur mahiyetinde bulunur, mehleke gibi gayrı tabii haller ise bizzarure bundan müstesnadır.

Burada mülâhazaya şayan bir cihet daha vardır ki o da mefkudun mevtiyle hükm edilebilmek için neden altmış, yetmiş veya doksan sene gibi uzun bir müddetin küzeranına intizar olunması meselesidir.

Şüphe yok ki mefkudun hayatı evvelce yakinen sâbit bulunuyordu. Mühharen bunun zevâline hükm idilebilmesi için kuvvetli bir karine bulunmak icab eder, bir şahsın mücerred bir müddet gaybubetine mebni he-man hayâtdan mahrumiyyetine hükm edilmesi, bir çok mahzurlardan sâlim olmayabilir. Herhangi bir şahs, kendisince mühim olan bir sebep ve mülâhazaya mebni uzun bir müddet tagayyüb ederek ahvalinden akrabası- nı ve sairîyi haberdar etmeyebilir. Bâhusus zamanımızda ticaret gibi, san'at gibi muhtelif maksadlarla en uzak ülkelere seyahat ederek oralar- da pek uzun bir müddet garibâne bir halde yaşayanlar bulunuyor.

Einaenaleyh bir şahsın mücerred bir müddet gaybubeti dolayısıyla he- man hayâtdan mahrumiyyetine hükm verilip de bunun neticesi olarak ser- vetinin taksimine kalkışılması, kendisiyle ailesi arasında bulunan mânevi bir rabitanın inhilâlîne sebebiyyet verilecek bir hayat aşiyânesinin dağı- tılması son derece düşünülmeğe lâyik içtimaî bir hâdisedir. Böyle mühim bir hâdisenin tekevvününe alelacele meydan verilmesi, nâsın hakk-ı haya- tına, hakk-ı temellük ve tasarrufuna bir nevi tecavüz mahiyetinde teza- hür eder.

Bir mefkudun vefatına alelacele hükm olunduğu takdirde mücerred veresesinin maddî istifadeleri temin edilmiş, bir gaibin tecavüzden masûn olan emvâli üzerinde başkalarına bir tasarruf ve temellük hakkı verilmiş olacaktır. Halbuki mefkudun berhayat bulunması ihtimâline nazaran böy- le bir muamele, hem onun hakk-ı hayatına bir tecavüz mahiyetinde bu- lunacak, hem de onun meşrû emvâlinin ziyanını intaç edecek, bununla be- rabir kendisine intikali melhuz bir takım malların da ihtiyaten tevkifi ci- hetine gidilmeyiş bunların da derhal başkalarına tevziine sebebiyyet ve- recektir. Artık mefkudun berhayat olarak zuhuru takdirinde maddî, mâ- nevî ne kadar zararlara uğramış olacağını düşünmelidir.

Mefkudun gaybubeti müddetince emvâli hâkim marifetile muhafaza ve tenmiye edilebileceği cihetle iktisadî bir bakımdan da endişeye mahal yoktur.

Mefkudun zevcesine gelince: Bunun böyle uzun bir müddet intizar- da bulunması zararını müstelzim olabilir. Fakat bu hal, kendi hakkında bir iptilâdır, buna sabr etmesi insanî bir vazifedir, zevciyyet hukukuna ri- âyet bunu icab etmektedir. Kocalarının vefatlarından sonra hâtıralarına riâyet ederek başkaları ile evlenmeyen nice hakikatlı kadınlar vardır.

Zevcenin nafakadan mahrumiyyeti halinde ise zevci namına hâkimin izniyle istidanede bulunması caizdir, bu kâbil olmayınca ictimâî heyetin himâyesine müstahik olur.

Mahaza zevcinin böyle uzun boylu igtirabına tahammül edemeyen ve- ya nafakasının taazzüründen dolayı mutazarrır bulunan bir kadın, yukar

da yazıldığı veçhile İmam Malik ile İmam Ahmed İbni Hanbel Hazretlerinin mezheblerine tevfikân zevcinden tefrik edilebilir.

Nitekim vaktiyle nafakanın taazzüründen dolayı tefrik cihetine gidilmesi hakkındaki bir mesele, 23 Rebiülevvel 1334 tarihinde mülğa Fetvahane-i Ali Heyeti telifiyesi tarafından Mezhebi Hanbelî üzere tanzim edilerek iradeye iktiran etmişdi.

Mülğa Hukukı Aile kararnamesinin 126, 127 inci maddeleri de kısmen bu mezheblere göre tanzim edilmişdi. Velhâsıl: Mefkud hakkındaki hükümlerin her noktai nazardan ihtiyaca tekabül edecek büyük bir genişliğe malik olduğu, mezhebi fıkhiyyemize aid müdevvenatdan zâhir olmaktadır.



(İ K İ N C İ B Ö L Ü M)

LAKİTLERE AİD MESELELERİ HAVIDİR.

İÇİNDEKİLER : Lakitin mahiyyeti ve iltikatın sıhhat ve ademî sıhhatı. Lakıtlara müteallik hükmler. Lakıtların hürriyet itibariyle vaziyetleri. Lakıtların islâmiyyet itibariyle vaziyetleri. Lakıtların neseb itibariyle vaziyetleri.

LAKİTİN MAHİYYETİ VE İLTİKATIN SİHHAT VE ADEMİ SİHHATİ :

56 — : Lakıt, «Mensub olduğu aile, eşhas tarafından bir yere atılmış diri veya ölü çocuk» demektir ki, bu, alelekser ya ihtiyaç veya zina töhmetinden firar saikasıyla vukubulur.

57 — : Bir çocuğu atılmış olduğu yerdan alıb kaldırıana «Mültakit», kaldırmaya da «İltikat» denir. Bu iltikatın sıhhatine gelince bu hususda bazı şartlar vardır. Şöyle ki:

(1) : Mültakit; mükellef, yani: Akil ve bâliğ olmalıdır.

Binaenaleyh çocukların, mecnunların, lakıtları iltikat etmeleri sahîh değildir.

(2) : Mültakit, lakıtı hıfz ve siyanete muktedir olmalıdır. Binaenaleyh lakıtı muhafazadan âciz olan veya lakıt hakkında ahlâkından havf olunan bir mültakıttan hâkim, lakıtı alarak emin bir kimseye tevdi eder.

58 — : Mültakitın hür, veya müslim olması şart değildir.

Binaenaleyh kölelerin, cariyelerin veya zimmîlerin iltikatları sahihdir.

Su kadar var ki, müslim olduğuna hükm edilen bir lakıt, edyânı tea-kül edecek bir çağa takarrüb edince mültakıtı olan gayrı müslimden alınır. (Hindiyîye. Bedayî, Dürrümuhtar). Bu meseleler Hanefiyyeye göredir.

(Safîî'lere göre mültakitın mükellef, hür, reşid, müslim, adaletle, yani fıkdan selâmetle müttasîf olması şartdır.

Binaenaleyh maliklerinin izin ve icazeti bulunmadıkca kölelerin, mü-kâteblerin iltikatları sahih olmaz. Maliklerinin izin ve icazeti lâhik olunca da mültakat, maliklerin olmuş olur.

Kezalik sefiî, fâsik, mestûrül'hâl, gayrı müslim kimselerin iltikat edecekleri lakıtlar da ellerinden alınır.

Şu kadar var ki, dinince zâhiren âdil görülen bir gayrı müslim, dâre tebean gayrı müslim olduğuna hükm edilen bir lakıtı iltikat edebilir. Evcah olan kavle göre velevki biri nasrânî, diğeri yahudi olsun (‘Uta-‘ur’üm, Tuhfetül’muhtac).

(Malikî’lere göre bir kimse, kölesini, zevcesini iltikattan menedebilir. Çünkü lakıtın hıfz ve terbiyesi teberru kabilindendir. Memlûkler ise buna ehlî değildirler. Zevce ise zevcesini kendisine aid olmayan bu gibi şeyler ile iştigalden men’e müstahikidir.

Mültakit, vâki olan iltikatına işhadda bulunmalıdır. Lâik olan budur, çünkü aradan bir zaman geçdikden sonra: «Bu benim evlâdımdır.» veya «Bu benim rakikimdir.» diye iddia etmesinden korkulur. Böyle bir iddia hakkında zannı galib hâsıl olursa işhad bir vecibe olur. (Minehül’celil, Şerh-i Muhammed-i Hırşî).

(Hanbelî fukahasına göre de köleler, cariyeler, efendilerinin izni olmadıkça lakıtı iltika edemezler. İltikat edecek olsalar ellerinde bırakılmaz. Meğer ki efendilerinin icazeti lâhik olsun.

Kezalik bir gayrı müslim de islâmiyyetine şer’an hükm edilen bir lakıtı iltika edemez, iltikat ederse elinde bırakılmaz. Fakat gayrı müslim olduğuna hükm edilen bir lakıtı iltikat edebilir. (Keşşafül’kına.)

59 — : Bir lakitin mültakitleri müteaddid olunca lakit hakkında nafi’ olan mültakit tercih olunur. İkisi de müsavi olunca tercih hakkı hâkimin re’yine muhavvel olur.

Meselâ: Mültakitlerden biri salih, diğeri fâsid olsa veya biri zengin, diğeri fakir bulunsa salih ve zengin olan mültakit müreccah olur.

(Malikî’lere göre bir lakiti emin, kifayete ehlî iki veya daha ziyade kimseler iltikata koşsalar bakılır: Her hangisinin vaz’ı yedi mukaddem ise o takdim olunur, vaz’ı yedleri müsavi ise hıfz ve himayeye eslah olanı evvelâ olur, her vechile müsavi olunca aralarında kur’a atılır. (Minehül’celil).

(Hanbelî fukahasına göre de böyle müsavi olan mültakitlerden biri hakkını iskat ederek lakiti arkadaşına teslim etmezse aralarında kur’a keşide edilir.

Bir lakiti iki kimse beraber görüb de biri koşarak alsa veya elini üzerine koysa lakite bu ehak olur. Çünkü iltikat, almaktır, görmek demek değildir.

İki kimseden biri, diğerine lakiti almasını teklif edib o da alınca niyyetine bakılır: Eğer kendi namına almış ise lakita arkadaşından ehak olur, fakat arkadaşı namına almak niyyetinde bulunmuş ise lakit âmire, yani arkadaşına aid olur. Bu âdetâ mübah olan bir şeyi tahsile tevkil ka-

bilindendir.

Bir lakiti iki kimse iltikât etmiş olmak iddiasıyla bilâ beyyine ihtilâfda bulunsalar söz meâlyemin lakita vazi'ül'yed olanındır.

İmam Şafî'nin kavli de böyledir. (Elmuğnî, Keşşafül'kına).

LAKITLARA MÜTEALLİK HÜKMLER :

60 — : Lakıtı atan veya terk ederek ziyasına meydan veren şahs, âsımdır. Anı iltikât edib hıfz etmek ise mendubdur. Bir çok hayırlı işlere faikdir. Çünkü lakıt, sahipsiz, âciz bir çocuktur, zayi olmak tehlikesine maruzdur, anı iltika etmek ise ihya etmek demektir. Bir şahsı ihya ise bütün beşeriyeti ihya gibidir.

Mahaza iltikât, çocuk hakkında bir terehhüm ve şefkat eseridir, rahm ve şefkat ise iymandan sonra âmâlin efdalıdır. Bir hadis-i şerif'de: «Allah taâlâya iymandan sonra amellerin efdalı, emr-i ilâhiye tazim ve mahluku ilâhiye şefkatdır.» buyurulmuştur. Diğer bir hadis-i şerif'de: «Çocuğa merhamet, büyüğe hürmet etmeyen bizden değildir.» meâlinedir.

İltikât, çok kerre mendubiyyetle de kalmaz, belki cemiyyete mütevecih bir farz-ı kifâye mahiyetinde bulunur, eğer lakıtı cemiyyetden bir ferd alıb kurtarmazsa bütün cemiyyet efradı âsim olur. Şayed lakıtı yapınız bir kimse görür de iltikât etmediği takdirde zayi olacağına zannı galib-i hâsıl olursa bu iltikât, kendisi için bir farz-ı ayn olmuş olur.

Suya atılmış veya bir kuyu başına atılarak kuyuya düşmesi kuvvetle melhuz bulunmuş veya yırtıcı bir hayvanın civarına bırakılmış lakıtlar gibi. (Eimmei Selâseye göre de lakıtları iltikât, bazen farzı kifâye, bazen de farzı ayin olur.)

61 — : Lakıtı imsâk hususunda mültekit, başkalarına tercih olunur.

Binaenaleyh mültekitin rızası olmadıkca lakıtı başkaları alamaz. Çünkü lakiti ihya eden odur. Nitekim bir arzi meytayı ihya eden de o yere başkalarından ehakdır.

Hattâ veliyyül'emr dahi bir lüzum görülmedikce velâyeti âmmesine istinâden lakıtı mültaakitten almamalıdır.

Fakat mültaakit, lakıtı başkasına def' edecek olursa bilâhare istirdada hakkı olmaz. Çünkü kendi hakkını endi ihtiyarile ibtâl etmiş olur.

62 — : Mültaakit lakiti hâkime götürüb teslim etmek isterse hâkim, kendisini bilâ beyyine tasdik etmeyebilir. Çünkü mültekit, müttehemdir, lakitin me'netini beytül'mâle tevcih etmiş olur. Lâkit, kendisinin oğlu veya nafakası kendisine lâzım gelecek bir karibi olabilir, bu iddia ile nafakadan kurtulmak gayesini takib etmesi melhuzdur.

Fakat heyinine ikame ederse hâkim, bir hasm müvacehesine lüzum görmeksizin bu beyyineyi kabul eder. Zira bu beyyine, mücerred keşfi hal içindir, keşfi hal için olan beyyinelerde ise hasmın hükmüne lüzum vardır. Bir de bu beyyine, bir hücceti mülzime değildir, hasmın hüvuru ile ilzam itibarıyla meşruttur.

Beyyine ikame edildiği takdirde hâkim muhayyerdir: Dilerse lakiti alır, dilerse almaz, «Madem ki bunun hıfzını iltizam etdin, iltizama devam et.» diyerek mültakitın himayesinde ibka eder. Meğer ki mültakitın acz ve taksiri zâhir olsun veya mu'i ahlakından korkulsun, bu son takdirde lakit, sinni iştiyaya takarrüb edince mültakitden herhalde alınır.

63 — : Hâkim, lakiti mültakitın talebile alıb başka birinin himavesine tevdi etdikden sonra mültakit, tekrar müracaat ederek lakitin kendisine iadesini talep etse hâkim, muhayyer olur: Dilerse iade eder, dilerse iade etmez.

Fakat bir şahs, lakiti mültakitinden bizzat alıb yanında bulundursa hâkim, talebine mebnî mültakite lakiti iade eder.

(Maliki'lere göre mültakit, lakiti mevziine veya başka bir mevzie reddedemez. Çünkü iltikat etmekle onu muhafaza etmesi teayyün etmiştir. Meğer ki hâkime ref' etmek veya muayyen bir şahsa: «Bu senin çocuğunu müdür?» diye sormak için almış olsun. Bu takdirde hâkim veya o şahs kabul etmezse lakiti mevziine reddedebilir. Şu kadar var ki red edeceği mevzi, nasın gidib geleceği bir yer olup lakitin helâkinden korkulmamalıdır.)

64 — : Lakitin velisi, veliyyül'emrdir.

Binaenaleyh veliyyül'emr veya anın nâibi, lakiti tezvic ve amn malında tasarruf edebilir. Mültakit ise bunları yapamaz. Çünkü onun hakkın da velâyetin sebebi olan karabet ve saltanat mevcut değildir.

Şu kadar var ki mültakit, lakit namına hibeyi kabul edebilir. Lakiti bir san'ata koyabilir, ve bir beldeden diğerine nakl edebilir. Çünkü bunlar vekâlet kabilinden değildir, belki lakitin nefine hizmetdir.

Fakat mültakit, lakiti — esah olan kavle göre — bir kimseye ecir olarak veremez, sünnet etdiremez, etdirir de bu yüzden vefat ederse zâmin olur.

Lakitin bir beldeden daimî surette ikamet için bir karyeye nakl edilmemesi de muvafıqdır. Çünkü bu nakıl, anın terbiyesine tesir edebilir.

(Hanbelî fukahasına göre mültakit, emin değilse lakiti alıb sefere çıkmasına müsaade edilmez. Fakat emin ise lakit elinden alınmaz. Bu halde işhad etmesi bir veche göre icab eder. Çünkü bu işhad ile lakitin nesebi ve hürriyeti hıfz edilmiş olur.)

65 — : Lakitin velâsı ve âkilesi, beytül'mâle aiddir.

Binaenaleyh lakitin hataen yapacağı bir cinayetin diyetini beytül'mâi tediye eder, vâris bırakmaksızın vefatında da bütün terekesi beytül'mâle intikâl eder.

(Eimmei Selâseye göre de böyledir. Yalnız Şûrih ile İshâka göre lakitin velâsı mültakite aiddir. Velâsı beytül'mâle aid olduğuna göre lakitin vefatında yalnız zevcesi bulunsa terekесinin rub'u zevcesine bâkisi de beytül'mâle aid olur.)

66 — : Hâkim, lakitin velâsını mültakitine takrir edebilir. Yani bunların arasında velâ-i muvalât tesis edebilir. Bu halde mültakit, lakite vâris olabilir, lakit de bir cinayet işlese diyetini mültakit öder.

67 — : Lakit, âkilen bâliğ olunca dilediği kimse ile akdi muvâlâtda bulunabilir, meğr ki yapmış olduğu bir cinayetin diyetini beytül'mâl ödemiş olsun, o halde başkasile muvâlâtda bulunamaz.

68 — : Mültakit, lakiti infaka mecbur değildir, infak edince bakılır: Eğer hâkimin izniyle — alacağı bir deyn olmak üzere — infak ederse bilâhare lakitin zuhur edecek karibine, meselâ babasına, ve zuhur etmediği takdirde büyüyünce lakite rücu edebilir. Fakat bilâ izin infak ederse rücu edemez, müteberri olmuş olur.

Kezalik hâkim, izin verirken lakit üzerine alacak bir deyn olmasını tasrih etmezse zahirürrivayeye nazaran yine rücua istihkak bulunmaz, esah olan da budur.

(Malikî'lere göre lakitin hizânesi, nafakası kesbe kâdir bir halde bâliğ oluncaya kadar mültakite lâzım gelir. Mültakit bununla bilâhare lakite rücu edemez. Çünkü iltikatla bunu itizam etmiştir. Meğr ki lakitin malı bulunsun veya kifaet mikdarı nafakası beytülmâlden itâ edilsin. O halde nafakası mültakite lâzım gelmez.

Mültakit, nafakaya sarf edeceği kadri maruf meblâğ ile lakitin ileride zuhur edecek babasına rücu edebilir. Şu kadar var ki lakiti babasının amden atmış olduğu ikrariyle veya beyyine ile sâbit olmalı, ve babası infak zamanında mûsir bulunmuş olmalı, mültakit de teberruan değil, rücu etmek üzere infakda bulunduğuna yemin veya işhad etmiş bulunmalıdır. Şayed çocuk kendi kendine çıkıp kendi kendine gaib olmuş veya kaçmış ise mültakit, sarf edeceği nafaka bedeliyle babasına rücu edemez, bu halde yapılan infak, teberrua masruf olur. (Şerh-i Kebir, Haşiye-i Düsûkî.)

69 — : Lakitin nafakası, ve muhtaç olduğu ilâç parası ve ihtiyaca mebni veliyyül'emr tarafından tezvic edilince zevcesinin mehri beytül'mâl tarafından tesviye edilir. Çünkü lakitin mirası, bilâ vâris vefat edince bey-

tül'mâle aid olacaktır. Ganimet ise garamete mukabildir.

(İmam Şafii'ye göre de malı olmayan lakitin nafakası beytül'mâle aiddir.)

(Hanbelî fukahasına göre de bu nafaka, beytül'mâle aiddir. Şayet beytül'mâlde nafakayı temin müteazzir olursa lakitin infakı, haline muttali olan müslumanlara müteveccih bir vecibe olur. Çünkü onu nafakasız bırakmak, helâke maruz kılmak demektir, böyle bir şahsı helâkden kurtarmak ise bir farzı kifâyedir. Bir şahsı gark olmakdan kurtarmak gibi. (Keşşafül'kına.)

70 — : Lakite bağlı bulunan bir mal, lakitin bağlı bulunduğu bir hayvan zâhiri hale binaen lakite aiddir. Çünkü hilâfı zâhir olmadıkca zâhiri hale binaen hüküm caizdir. Bu halde lakitin nafakası ve sair muhtac olduğu şeyler bu maldan temin edilir. Çünkü beytül'mâlden infak bir zarurete mebnidir, lakitin malı mevcut olunca da bu zaruret kalmaz.

Fakat lakitin civarında sahipsiz bulunan bir mal, lakite aid olmaz. Belki o da bir lukatadan ibaret bulunmuş olur. (Bedayî, Hindiyeye, Reddi-muhtar.)

(Malikî'lere göre de lakite bağlı olan bir mal, lakite aiddir. Fakat bulunduğu yerin altında medfun olan bir mal, lakite aid değildir, meğer ki ana aidiyyetine dair bir yazı bulunsun.)

(Şafii'lere göre lakitin içinde bulunduğu sahipsiz hane, dükkân veya ikamete mahsus bahçe lakite aiddir. Lakitin nafakası kendi malından veya lakitlere vakf veya vasiyyet edilmiş olan mallardan temin edilir. Bir cihet için yapılan bir vakfın sıhhati için o cihetin tahakkukı vücudi şart değildir, belki imkânı vücudi kâfidir. Binaenaleyh lakitlere vakf da sahihdir. Bu, onların mallarından madûd olur. Bu vechile malları bulunmayan akitlerin nafakaları beytül'mâlden verilir, beytül'mâlde mevcut bulunmazsa bu nafaka, kifâye mikdarı olarak zengin müslümanlar tarafından temin edilir.)

Hanbelî fukahasına göre mültakit, lakitin malından nafakasına sarf edebilir, velev ki hâkimin iznini istihsâl etmesin. Çünkü bu, lakitin velisi demektir, ve bu infak emr bil'mâruf kabilindendir.

Fakat İmam Şafii'ye göre hâkim bulunduğu bir yerde onun izni olmaksızın, mültakit lakitin malını nafakasına sarf edemez. Sarf ederse zâmin olur.

Lakit, bâliğ olub da sarf edilen meblâğın mikdarında mültakit ile aralarında ihtilâf vâki olsa söz, münfik olan mültakitindir. Çünkü o, veliyyül'yetim gibi emindir. (Elmugnî, Keşşafül'kına.)

LAKİTLERİN HÜRRİYYET İTİBARİLE VAZİYETLERİ :

71 — : Lakit, zâhirihâle nazaran hür sayılır. Çünkü benî aademde asl olan hürriyetdir. Çünkü bütün insanlar hür bulunan Hazreti Adem ile Hazreti Havva'nın evlâdıdır. Böyle iki hürden tevellüd edib teşeüb eyleyen evlâd ise bizzarûre hür bulunmuş olur, bazı insanlardaki rik hali ise bilâhare bir ârize-i küfrden münbeis bulunmuşdur.

Binaenaleyh hilâfına delil bulunmadıkca asl ile amel icab edeceğinden lakit hakkında şahadete, itâka, tedbire, kitâbete ehlîyyet ve haddi kazfe istihkak ve saire gibi hususlarda tamamen hür ahkâmı cereyan eder. Şu kadar var ki, validesi hakkındaki kazf, kazifi hakkında haddi icab etmez, çünkü validesi meçhuldür, ihsanı haiz olup olmadığı malûm değildir.

(Lakit, Eimmei Selâseyeye göre de hür sayılır. İmam Malike göre lakitin zina hakkındaki şahadeti kabul olunmaz, çünkü halk arasında veled-i zina olmakla müttehemdir, bununla tâbir olunur.)

72 — : Lakit, hür olduğundan mültakit veya sair bir kimse: Bu benim kölemdir veya cariyemdir, diye iddiâda bulunsa bu iddia beyyineye mukarin olmadıkca mesmu olmaz. Çünkü lakitin min'haysizzâhir sâbit olan hürriyeti bir delil bulunmadıkca ibtâl edilemez. Diğer bir tâbir ile sâbit olan bir hak, mücerred bir dâva ile bâtıl olmaz. Fakat beyyine ikame edilirse rıkkına hükm olunur, çünkü zâhiri'hâl, beyyineye muariz olamaz.

73 — : Bir gayri müslim, islâmiyyetine zâhiren hükm edilen bir lakit aleyhine iki gayri müslim şahid ikame ederek: «Bu benim kölemdir.» diye iddiada bulunsa bu şahidlerin şahadeti makbul olmaz. Çünkü bir müslimin rıkkına dair ehl-i zimmetin şahadetleri muteber değildir. Fakat bir gayri müslim bu iddiasına iki müslim şahid ikame ederse lakitin rıkkına hükm edilir.

74 — : Lakit, bâliğ olduktan sonra: «Ben filân kimsenin kölesiyim.» diye ikrarda bulunsa bakılır: Eğer o kimse bu ikrarı tasdik etmezse lakit hür olarak kalır, mücerred bu ikrariyle hürriyetden mahrum kalmış olmaz.

Kezalik: O kimse tasdik ettiği halde lakit hakkında o zamana kadar — şahadeti kabul edilmek, kazfına hâd vurulmak gibi — ahrar ahkâmından bir şey carî olmuş ise yine ikrarı sahîh olmaz. Çünkü bu takdirde hürriyeti beynennas şâyi olmuş olacağından bunu ikrariyle ibtâl edemez. Fakat o zamana kadar hakkında ahrar ahkâmından bir şey sebk etmemiş ise ikrarı sahîh olur. Çünkü bir kimse kendi aleyhine hilâfı hakikat olarak ikrarda bulunmaz.

Şu kadar var ki, ikrarı zamanına kadar hibe, kefalet, itak, nikâh gibi yapmış olduğu tasarruflarını ibtâl hususunda bu ikrarı yine muteber olmaz, bu tasarrufları sahih olarak kalır.

Meselâ: Bir lakit, bilâhare bâliğ olub bir kadınla bir mehri müeccel mukabilinde izdivac etdikden sonra: «Ben filân şahsın kölesiyim.» diye ikrarda bulunsa bu ikrarı, o mehri ibtâl edemez, belki bu mehr, onun zimmetinde lâzımül'edâ bir deyn olarak kalır. Çünkü bu ikrarında müttehemdir. Bir hükmün sübutu hüccet ile olur, bunun ikrarı ise başkası aleyhine bir hüccet değildir. Binaenaleyh bu hususdaki ikrarı ile ademi ikrarı müsavidir.

Kezalik: Bir lakit, kız olub da kocaya vardıkdan sonra bir şahsın cariyesi olduğunu ikrar o şahs da tasdik etse — başka bir mani yok ise — anın cariyesi olmuş olur. Fakat bu ikrarı kocasıyla aralarındaki nikâha tesir ederek anı ibtâl edemez.

(İmam Şafilî'nin iki kavlinden birine göre lakitin ikrarı, cemi-i ahvâide kabul edilir. Binaenaleyh bu ikrarıyla hibe, kefalet, nikâh gibi bütün tasarrufatı münfesh olur. Çünkü rıkkını ikrar edince bu tasarrufat zamanında rakik bulunmuş olduğu zahir olur. Rakik ise bu gibi tasarruflara ehl değildir.

Bu kavle nazaran lakitin yapmış olduğu ukud, fâsid olur, mevcud olan ayan sahiblerine iade edilir, itlâf edilen ayanın kıymetleri rakabesine taallûk eder, azâd edildikden sonra kendisinden talep edilir.

Nikâh hususuna gelince eğer mukir olan bir lakit erkek ise yapmış olduğu nikâh fâsid olur, duhul vâki olmamış ise üzerine nısf-ı mehr lâzım gelir, duhul vâki olmuş ise üzerine tam mehr lâzım gelir.

Fakat mukir olan kadın ise nikâh fâsid olur, zevciyle araları tefrik edilir, duhul vâki olmamış ise mehre müstahik olmaz. Vâki olmuş ise, malikinin izni olmaksızın tezvic eden bir cariyenin mehri mikdarına müstahik olur. Çocukları var ise hür sayılır. Çünkü kocası onun hürriyetine aldarmışdır. Bu halde bunların yalnız tevellüd günündeki kıymetlerini zâmin olur: (Katâbü'üm, Tuhfetül'muhtac.)

(Hanbelî'lere göre de bir lakitin rakik olduğu beyyine ile isbat edilirse o zamaña kadar olan tasarrufatı nakz edilir, fakat beyyine bulunmayıp da lakit, bâdel'bulûğ rakik olduğunu ikrar ederse bakılır: Eğer evvelce hür olduğunu itiraf etmiş ise bu ikrarı kabul olunmaz, çünkü hürriyet, hakk-ı ilâhidir, bunu ibtâl hususunda itirafından rücuu makbul değildir. Fakat evvelce itirafda bulunmamış ise bir veche göre ikrarı kabul olunur. Bir veche göre ise kabul olunmaz, asl olan da budur. Çünkü bir kerre bu ikrarıyla mahkûmünbihâ olan hürriyetini ibtâl etmiş olacaktır, sonra da kendisi

nin rıkkına. hürriyetine esasen vâkıf değildir. Artık bu ikrarı nasıl doğru olabilir. Kasım'ın, İbni Münzîr'in kavilleri de böyledir. (Elmugni, Keşşafül'kına.)

75 — : Bir lakitin rakik olduğu beyyine ile isbat edilebilir. Bu halde lakitin o zamana kadar yapmış olduğu hibe, kefalet, itâk gibi tasarrufları münfesi olur. Çünkü beyyine, başkasının hukukuna tecavüz itibariyle tölmetden âri olduğundan kabulüne bir mani yoktur. (Bedayî, Hindiyye, Bah-rirâik.)

LAKİTLERİN İSLÂMÎYYET İTİBARİLE VAZİYETLERİ :

76 — : Herhangi bir lakitin müslim sayılıp sayılmaması hususunda bulunduğu mekâna itibar olunur. Şöyle ki: Bir müslimin veya bir zimmi'nin islâm beldelerinden, veya karyelerinden birinde bulunduğu lakit, müslimdir.

Bilâkis bir müslimin veya bir zimminin bir kilisede, bir havrada, müslümanların bulunmadığı bir karyede bulunduğu lakit de — zahiri hâl tahkim edilerek — zimmi sayılır. Sahih olan da budur.

Fakat İmam Muhammed'den bir rivayete göre yalnız mültakitın haline itibar olunur, lakit dinen mültakitine tâbi olur. Diğer rivayete göre de lakit, herhalde müslim sayılır.

77 — : Bir lakit, dari islâmda ölü bir halde bulunsa veya bâdelilikat vefat etse dare tebean islâm sayılacağından gasl olunur, cenaze namazı kıılır, islâm makberesine defn edilir. Ve bir mahalde katil olarak bulunsa hakkında diyet ve kasame ahkâmı carî olur. Kasame bahsine müracaat!.

(Malikî'lere göre de lakit, bir islâm beldesinde veya karyesinde bulunduğu takdirde müslimdir ve nihayet iki müslim hanesini ihtiva eden bir karyede bir müslim tarafından iltikat edildiği surette de müslimdir. Fakat tamamen gayri müslimlere aid bir karyede bulunursa dare tebean gayri müslim sayılır, velev ki mültakiti müslim olsun. (Şerh-i Kebir, Hâşiye-Düsûkî).

(Şafii'ler ile Hanbelî'lere göre de dari islâmda bulunan her lakit, müslimdir. Gayri müslimler tarafından işgal edilmiş olan bir islâm beldesindeki lakit de orada velev bir müslim bulundukca müslimdir. Meğer ki hılâfına beyyine kaim olsun.)

Öteden beri gayri müslimlere aid bir beldedeki lakit ise dare tebean gayri müslimdir. Şu kadar var ki bu beldede ticaret veya seyahat gibi bir maksadla bazı müslimanlar bulunursa lakitin islâmîyyetine hükm edilip edilmeyeceği hususunda iki ihtimâl vardır. (Elmugni, Keşşafül'kına).

78 — : Dari islâmda iltikat edilen bir lakit, bâliğ olunca izharı küfr etse islâmiyyeti kabule haps suretiyle cebr olumur. Fakat kabulden imtina ederse katl edilmez. Çünkü kendisinin esasen müslim olduğu kat'i suretde malûm değildir, ancak bulunduğu dare tebean islâmiyyetine hükm edilmiştir. Binaenaleyh riddeti tahakkuk edemeyeceği cihetle katli cihetine gidilemez. (Muhit, Hindiyye, Reddimuhtar.)

(Malikî'lere göre şer'an islâmiyyetine hükm edilen bir lakit, bâliğ olub da islâmiyyeti kabulden imtina etse mürted sayılır, tevbe etmezse katl olunur. Riddet bahsine müracaat!.)

LAKİTLERİN NESEB İTİBARIYLA VAZİYETLERİ :

79 — : Lakit, mechulün'nesebidir. Binaenaleyh bir kimse çıkıp da «Bu, benim oğlumdur, veya benim azadlımdır.» diye bilâ beyyine dâvada bulunsa iddiası sahih olur ve nesebi veya velâsı kendisinden sâbit olmuş bulunur. Çünkü bu iddia, haddizatında muhtemelüssübûtdur. Ve bu iddiada lakit için bir zarar yokdur, bilâkis bu iddia, onun şerefi nesebe veya muavene nailiyetine. esbabı helâkden siyanet ve terbiyesine hadimdir. Bunda mültakit için de bir zarar yokdur, çünkü bu suretle evlâde veya velâ-i itâkaye nail olacak, evlâdiyle dinî ve dünyevî mesalihine istianede bulunacak, velâ ile de hukuk-u velâdan istifade edecektir.

80 — : Nefsinden tâbire kâdir, yani: Mümeyyiz, nesebi fârik bir lakitin nesebi kendisi tasdik etmedikçe başkasının mücerred iddiasıyla sâbit olmaz. Mahaza zâhiri hâlde bu iddiayı mükezzib olmamalıdır. Müddeinin lakite baba olabilecek bir yaşda bulunmaması gibi.

81 — : Hür ve müslim sayılan bir lakitin nesebinin bir köle veya bir zimmi bilâ beyyine iddiada bulunsa nesebi o köleden veya zimmiden sâbit olur. Şu kadar var ki bu iddia, lakitin hürriyetine, islâmiyyetine müessir olmaz. Çünkü nesebin sübutu başka. hürriyet ve islâmiyyetin subûtu da başkadır, bunların birbirinden infisâli mutasavverdir, iki hükmden birinde bir kavlin kabul edilmemesi diğerinde de kabul edilmemesini iktiza etmez.

Binaenaleyh bu iddia, neseb hususunda tasdik edilirse de rık ve ademî islâmiyyet hususunda tasdik olunmaz. Fakat böyle bir iddia beyyine ile sâbit olursa lakit, müddeiye rık veya din itibariyle de tâbi olur, çünkü ikrar, töhmetden hali değilse de beyyine hâlidir. (Memsut, Bedayî).

(İmam Safîi ile İmam Ahmed'in kavilleri de bu vecchiledir. İmam Şafîi'nin bir kavline göre lakit, gayri müslime mücerred iddia ile hem nesebeni hem de dinen tâbi olur. Ebû Sevr'e göre dari islâmda bulunan bir lakitin nesebi gayri müslime lâhik olmaz, çünkü şer'an islâmiyyetine hükmü kaiflere gösterilir, herhangisine ilhak ederlerse nesebi ona lâhik olur. Şu kadar var ki gayri müslime veya köleye ilhak ederlerse lakitin gayri müs-

İmam Ahmed'e göre müddei, köle ise lakitin nafakası yine beytül'male aid olur, çünkü hürriyetine hükm edilmiştir.)

82 — : Bir lakitin nesebini, mültakit ile haricden bir şahs bilâbeyyine iddia etseler mültakitın iddiası evlâ olur. Velew ki mültakit, zimmi, o şahs ise müslim olsun.

Vakia mültakitın iltikat iddiasıyla bilâhare neseb iddiası zâhiren mütenakızdır, binaenaleyh kabul edilmemesi kıyasen iktiza eder. Fakat nesebin herhalde sübutu matlûbdur, bu cihetle tenakuz, nesebin sübutuna istihsanen mani olmaz.

(Malikî'lere göre lakitin nesebi, beyyine bulunmadıkca mücerred iddia ile ne mültakitden, ne de başkasından sâbit olmaz. Meğer ki bu iddianın sıdkına delâlet edecek bir vech bulunsun, kaht ve gala gibi).

83 — : Bir lakit hakkında, bir kimse: «Bu benim filân hür zevcemden mütevellid oğlumdur.» diye dâva, diğer bir şahs da: «Bu benim kölemdir.» diye iddia edib ikisi de beyyine ikâme eylese bünüvvet beyyinesile hükm olunur.

Kezalik birisi: «Bu benim filân hür zevcemden mütevellid oğlumdur.» diye dâva, diğeri ise: «Bu benim filân câriye olan zevcemden mütevellid oğlumdur.» diye iddiada bulunub ikisi de beyyine ikâme edecek olsa hür zevceden mütevellid olduğuna dair olan beyyine müreccah olur.

Fakat ikisi de kendisinin hür olan zevcesinden mütevellid oğlu olduğunu iddia ve beyyine ikame eylese lakitin nesebi hem bu iki müddeiden, hem de zevcelerinden sâbit olmuş olur. Bu, İmamı Azama göredir, imameyne göre zevcelerden sâbit olmaz.

84 — : Bir lakitin nesebini iki kimse iddia edib ikisi de tarih beyan ederek beyyine ikame edecek olsa lakitin yaşı hangi tarihe tevafuk ediyorsa o tarih sahibinin beyyinesi müreccah olur.

Fakat lakitin yaşı müştebeh olub da iki tarihe de tevafuk etmese İmamı Âzamdan bir rivayete ve İnameyne göre bu tarihlere itibar olunmayıp nesebinin bu iki müddeiden sübûtuna hükm edilir, sahih olan da budur. İmam-ı Âzamdan diğer bir rivayete göre ise tarihi mukaddem olanın lehine hükm olunur.

85 — : Bir lakitin nesebini haricden iki kimse bilâ beyyine iddia edince bakılır: Eğer biri müslim, diğeri gayri müslim ise müslim evlâ olur. Kezalik: Biri hür, diğeri köle ise hür tercih edilir. Velew ki köle, müslim, hür ise gayri müslim bulunsun.

(İmam Şafiî ile İmam Ahmed'e göre bir lakitin nesebini bir müslim ile bir gayri müslim, veya bir hür ile bir köle bilâ beyyine iddia etseler lakit,

lim veya rakik olduğuna hükm edilmez. Çünkü onun hakkında zahiri dare nazaran islâmiyyet ve hürriyet sâbit olmuştur, bu, mücerred bir müşabehe ve tahmin ile zâil olmaz.

Bu müddeilerden biri beyyine ikame ederse lehine hükm olunur, ikisi de beyyine ikame ederse beyyineleri tearüz ile sâkit olur, yine kaiflere müracaate lüzum görülür.

Hanifiyyeye göre kaiflerin hükmü yokdur, çünkü bunların sözlerine binaen hükm etmek, mücerred, şibih, zan ve tahmin üzerine bina-i hükm etmek demektir. Halbuki bazen müşabehe ecnebiler arasında bulunur da karibler arasında bulunmaz. (Elmugnî, Tuhfetül'muhtac).

86. — : Bir lakitin nesebini iki müslim, veya iki köle veya iki zimmi — beyyine gibi, hürriyet veya sabk-i tarih gibi tercihe medar olacak bir şey bulunmaksızın — iddia edib de birisi lakitin cisminde — bulunan bir alâmeti, hakikatine mutabık olarak haber verdiği halde diğeri haber vermese bu alâmeti haber verenin iddiası râcih olur. Çünkü iştibah halinde zey ve alâmete kıbar bir esastır. Nitekim bir yerde, meselâ meydana harbede müslümanlar ile gayri müslimlerin ölüleri muhtelit bir halde bulunsa zey ve alâmetlerine göre tefrik olunurlar.

Şayed iki müddei aynı alâmeti olduğu gibi haber verecek olursa lakitin nesebi ikisinden de sâbit olur, çünkü bu takdirde bunlardan birini diğeri tercîhe medar yokdur. (Mebisât, Hindiyîye, Bahr).

87. — : Bir lakitin nesebini bir kadın iddia edince bakılır: Eğer zevci mevcut olub da bu iddiayı tasdik ederse veya münkir olur da bu iddia kâbilenin veya bir erkek ile iki kadının şahadetleriyle sâbit olursa nesebe hükm edilir. Ve illâ edilmez.

Kabilenin şahadetiyle velâdet sâbit olur, bunun zımında da neseb tahakkuk eder. Kasden isbâtı mümkün olmayan bir şey, bazen başka bir şeyin zımında hükmen sâbit olabilir.

Fakat bu kadının bu iddiasını inkâr edecek zevci bulunmadığı takdirde bu iddiasının lâakal iki erkeğin şahadetiyle sâbit olması lâzımdır. Aksi takdirde, neseb sâbit olmaz, tâ ki çocuğa zinadan mütevellid olmak töhmeti lâhik olmasın.

(İmam Şafii'ye göre kadının bu iddiası bilâ beyyine hiç bir halde tasdik olunmaz. Ebû Sevir'in ve sair bir kısım ülemânın kavilleri de böyledir. Çünkü kadın için velâdetine beyyine ikamesi mümkündür, mücerred kavli kabul edilemez.

İmam Ahmed'den bir rivayete göre bir kadın, bir lakitin nesebini iddia edecek olsa iddiası kabul olunub lakitin nesebi yalnız kendisine ilhak edilir, zevcine ilhak edilmez, nitekim bir erkek de böyle bir iddiada

bulunsa lakitin nesebi zevcesine lahik olmaz. Şafiîyyeden bazı zevata göre de böyledir.

İmam Ahmed'den diğer bir rivayete göre eğer kadının kocası var ise anın ikrar ve rızası olmadıkça lakitin nesebi sâbit olmaz, çünkü aksi takdirde zevcine zarar lâhik olur. Fakat kocası yok ise iddiası kabul olunur, bu da Şafiîyyeden mervidir.

İmam Ahmed'den bir rivayete nazaran da kadının kardeşleri veya maruf nesebi var ise bu iddiası bilâ beyyine tasdik edilmez, ve illâ tasdik edilir. Çünkü bu takdirde bundan mutazarrır olacak kimse yokdur.

Müddei, carieye olduğu takdirde de hükm böyledir. Şu kadar var ki, cariyenin neseb hususundaki bu iddiası tasdik edilse de lakitin rıkkı hususunda tasdik olunamaz.)

88 — : Bir lakitin nesebini iki kadın iddia edib de yalnız birisi beyyine ikame eylese nesebi yalnız kendisinden sâbit olur. İkisi de beyyine ikame edecek olsa ikisinden de sâbit olur, ve her biri: «Bu benim şu zevcemden hâsıl çocuğumdur.» diye iddia ve o vechile beyyine ikame etse lakitin nesebi hem bu iki kadından, hem de bunların o iki kocasından sâbit olur. Bu, İmamı Azam'a göredir. İmam Ebû Yûsûf'e ve İmam Muhammed'den bir rivayete göre bu neseb, hiç birinden, yani: Ne o kadınlardan, ne de kocalarından sâbit olmaz.

89 — : İki kadın bir çocuğun nesebini iddia ve her birinin iddiasına başka bir kabile şahadet etse — Başka bir mani yoksa — çocuğun nesebi ikisinden de sâbit olur. Fakat bir rivayete nazaran ikisinden de sâbit olmaz. Çünkü bir kabilenin şahadeti bir hücceti zâifedir, bir şahadeti zaruriyyedir, erkeklerin muttali olamayacakları hususlara aiddir. Binaenaleyh muareze ve müzaheme ânında hüccet olamaz.

90 — : İki kadından biri neseb iddiasına iki erkek, diğeri ise iki kadın şahid ikame edecek olsa iki erkeğin şahadetine göre hükm olunur.

91 — : Bir lakit hakkında iki şahsdan biri: «Bu benim kızımdır.», diğeri de: «Bu benim oğlumdur.» diye iddia ettiği halde lakitin hünsayı müşkil olduğu zâhir olsa her ikisine de nesebin sübûtile hükm olunur.

Fakat hünsayı vâzih olduğu zâhir olursa bakılır: Eğer erkekliğine hükm edilmekte ise, «Oğlumdur.» diyenin, ve eğer dişiliğine hükm edilmekte ise, «Kızımdır.» diyenin iddiası evlâ olmuş olur. (Hindiyye, Dürrümuhtar, Bahrirâik.)

(Hanbelî fukahasına göre bu halde hünsayı müşkil müddeiler ile birlikde kaiflere gösterilir. Her iki müddei beyyine ikame ettiği takdirde de hükm böyledir. Çünkü bu beyyinelerden birisi herhalde kâzibdir, kâzî

bir beyyinenin vücudiyle ademi ise müsavidir. (Elmugnî, Tuhfetül'muhtac, Keşşafül'kına.)

92 — : Bir kimse erkek olan bir lakit hakkında: «Bu benim kızım-
dır.» veya kız olan bir lakit hakkında: «Bu benim oğlumdur.» diye neseb
iddiasında bulunsa bu iddiası mesmu olmaz.

93 — : Bir lakit, mal bırakarak vefat etdikden sonra bir kimse zü-
hur ederek: «Bu benim oğlum idi.» veya «Kızım idi.» diye iddiada bulun-
sa bu iddiası beyyinesiz tasdik edilmez, çünkü bu halde lakitin nesebe ih-
tiyacı kalmamıştır, mukırrın maksadı ise anın malına nâil olmağıdır. Mal
bırakmamış olduğu takdirde de hükm böyledir. (Haniyye, Bedayî, Bahri-
râik.)

Neseb bahsine de müracaat!.

*
**

LUKATALARA MÜTEALLİK MESELELERİ MUHTEVİDİR.

İÇİNDEKİLER : Lukataların mahiyeti ve nevileri. Lukataların ahkâmı. Lukatalar hakkında işhad ve tarîf. Lukataların muhafazalarına, nafa-kalarına aid masraflar. Sahibleri zuhur eden lukatalar. Sahibleri zuhur etmeyen lukatalar. Çocukların, rakiklerin, gayri müslimlerin itikat edece-ği lukatalar. Lukatalara aid bazı iddialar, beyyineler. Lukata mesabesin-de olup olmayan şeyler. Lukataların beytül'mâle, hâkime tevdi.

LUKATALARIN MAHİYYETİ VE NEVİLERİ :

94 — : Lukata, canlı olsun olmasın iytik mal demektir. Böyle bir ma-lı alıb kaldırana «Lâkit», «Mültakit» denir. Bu kaldırmaya da «İltikat» denilir. Mahaza yolunu şaşırılmış insana «Dâl» denildiği gibi gaib olmuş, yerinden uzak düşmüş iytik hayvana da «Dâlle» adı verilir.

Şunu da ilâve edelim ki bir malın lukata, dâlle addedilmesi için her-halde sahibinin mechul olması lâzım değildir. Malûm bir insanın gaib et-diği bir mal da lukata hükmündedir. Şu kadar vâd ki bunun için ilâna lü-zum yokdur, bu sırf emanettir, bunu mümkün ise hemen sahibine iade etmek lâzım gelir.

95 — : Lukataların nevierine gelince bu da ehemmiyetli olup olma-mak itibariyle iki nev'e ayrıldığı gibi canlı olup olmamak itibariyle de iki nev'e ayrılır.

Meselâ: Bazı kırlarda, tarlalarda, bahçelerde müteferrik suretde bıra-kılmış, sahibleri tarafından aranılması mütâd bulunmamış olan başaklar, meyvalar, kabuklar, çekirdekler ehemmiyetsiz olan lukatalardandır ki bun-lara (Tafih) denir.

Nisab-ı sirkat mikdarından dûn olmayan altun, gümüş, mücevherat, uruz ve emfia gibi sahibsiz şeyler de ehemmiyetli, kıymetli, tâbiri aharla tafih sayılmayan cansız lukatalardan madûddur. Behâim denilib sahibsiz bulunan zihayat hayvanlar da canlı lukataları teşkil eder.

Lûgat itibariyle behâim herhangi dört ayaklı bir hayvan demek olan behimenin cem'idir. Temyiz istidadından mahrum olan herhangi zihayata behime denir. Bu isim, develere, sığırlara, atlara, koyunlara, kuşlara, ta vuk gibi hayvanlara ve ehli bir hale getirilmiş güvercinlere şâmilidir.

Binaenaleyh lukata ahkâmı bunların hepsinde carî olabilir. (Bedayi, Dürrümuhtar.)

(Malikî'lere göre at, himar, evde bırakılmasına müsaade edilen kelb ve saire gibi behâim iltikat edilebilir. Fakat sahrada ve sair yerlerde sa-

hıbsız görülen develer iltikat edilemez. Bunlar halleri üzere bırakılır. Meğer ki, nâsın hiyanetinden korkulsun, o takdirde bunlar da iltikat edilir.

Şâyed bir kimse bir deveyi iltikat edecek olsa bir sene ilân eder, sahibi zuhur etmeyince yine mahalline terk eder. (Şerh-i Kebir, Hâşiye-i Düsûkî).

(Şâfiî'lere göre kırlarda iytik bir halde bulunan ve kendilerini yırtıcı hayvanların binnisbe küçüklerinden, meselâ kurddan, çakaldan, ayıdan tepmeleriyle, uçmalarıyla, veya koşmalarıyla koruyabilen memlûk hayvanları iltikat etmek caizdir. Hattâ teleflerinden korkulursa bu iltikat lâzım olur. Fakat bu hayvanları teleflerinden korkulmadığı takdirde temellük için iltikat caiz değildir. Bunlarda — âtiyen beyan edeceğimiz vechile — temellük carî olmaz. Bunları bu halde kim iltikat ederse hâkime red edinceve kadar zamanlarından beri olamaz. Çünkü bunlar çobansız otlayarak kendilerini barındırabilirler, şu kadar var ki, bir nehb ve garet zamanında bu gibi sahipsiz hayvanları temellük için kırdan veya sair yerlerden iltikat etmek caizdir.

Fakat kendilerini müdafaa edebilen bu gibi hayvanları bir umranda, bir karye civarında bulunacak olsa temellük niyetiyle — yani bilâhare sahibi zuhur edince bedelini ödemek üzere — iltikat caiz olur. Çünkü bu gibi yerlerde bunlara hain kimselerin vaz'iyet etmeleri galibdir, buna meydan vermemek için bu niyyetle iltikat caizdir.

Kendilerini küçük yırtıcı hayvanlardan bile koruyamayacak koyun, keçi gibi sahipsiz hayvanlara gelince bunları kırlarda da, karye civarında da herhangi bir vakit temellük için iltikat caizdir. (Kitabül'üm, Tuhfetül'muhtac.)

(Mezhebi Hanbeli'ye gelince şehirlerde veya sahrada bulunan koyunlar lukatadan madûddur, haklarında lukata ahkâmı carî olur. İmam Ahmed'den bir rivayete göre koyun, kaz, tavuk gibi hayvanları veliyyül'emrden başkası iltikat edemez.

Kezaelik deve, at, katır, geyik, kelb, doğan gibi kendilerini müdafaa edebilecek hayvanları iltikat caiz değildir. Evzaî'nin kavli de böyledir.

Binaenzıcyh bir kimse, velev ki veliyyül'emr olsun böyle bir hayvanı iltikat edecek olursa zâmin olur. Hatta mevziine red etse de zamanından kurtulamaz. Çünkü bu, bir gasb mesâbesindedir.

Su kadar var ki veliyyül'emr veya nâibi dâlle denilen hayvanatdan ibaret lukataları, sahibi namına muayyen yerlerde hıfz için ahz edebilir. Bunları ilân lâzım gelmez. Çünkü bu gibi dâlleler için hükûmetce muayyen bir mevzi bulunacağından sahibleri buraya müracaat eder, hayvanını bulunca beyyine ikame ederek alır, bunların yalnız vasıflarını beyan etmeleri kifayet etmez. Çünkü burası umum için açıktır.

Veliyyül'emr, bu hayvanları koruya salabilir, veya maslahata daha muvafık görürse satarak semenini sahibleri için saklar. (Elmugni, Keşşafül'kına.)

(Zâhiri'lere göre de şehirde, sahrada medfun veya gayrı medfun olarak bulunan ve müslümanların bulundukları bir müddet içinde darb edildiği üzerindeki alâmetden anlaşılan her mal, lukatadır. Ve bulunan her düşürülmüş mal da nasıl bir mal olursa olsun lukatadır. Bunu bulan kimse üzerine farzdır ki, ziyaina meydan vermemek için bunu alsın ve buna bulub aldığına en az bir âdil şahsı işhad etsin. Sonra da bunu tarifde = ilânda bulunsun. Nitekim tafsilatı ileride görülecektir.

Zâhiri'lere nazaran «Dâlle» denilen hayvanlar üç kısımdır: Birincisi, koyun, keçidir. Bunlar kurdun tasallûtundan veya nâsın ahz etmelerinden korkulacak bir yerde bulunur da kendilerini hıfz edecek kimse bulunmazsa su kenarına da yakın olmazsa bu hayvan, kendisini bulub alana helâl olur. Velew ki bilâhare sahibi zuhur etsin. Artık bunu alamaz, tazmin edemez.

İkincisi: Otlamaya, su kenarına gitmeğe kuvvetli bulunan deve-dir. Bunu kimsenin ahz etmesi helâl değildir. Bunun hükmü serbest bırak-maktır. Her kim bunu alır da yanında telef olursa zâmin olur.

Üçüncüsü: Otlamaya, su kenarına gitmeğe kuvveti bulunmayan deve-dir. ve sair sığır, at, katır, hımar, geyik gibi hayvanlardır. Ve kendisine kurdun ve nâsın tasallutundan korkulmayan koyundur. Bunları ahz etmek ve daima ilânda bulunmak farzdır. Sahiblerini bilmekten yeis hâsıl olun-ca bunlar ya hâkim veya mültakit tarafından mesalihi müslimine tahsis edilir. Sahiblerinden kaçmış olan köleler, cariyeler de bu hükmededir. (Ki-tâbü'l'muhallâ).

LUKATALARIN AHKAMI :

96 — : Lukatalar hakkında iltikatdan evvel ve sonra cereyan eden bazı hükmler, haller vardır. Bir kısmı aşağıda yazılıdır.

97 — : Lukataları, görüldükleri yerlerden alıp saklamak bazen mübah, bazen mendub, bazen vâcib, bazen de haram olur. Şöyle ki:

Terk edildikleri takdirde zayi olmalarından korkulmayan, meselâ başka emin bir kimse tarafından iltikat edileceği malûm bulunan bir lukatayı alıp saklamak mübahdır.

Terk edildikleri takdirde zayi olmak ihtimâli bulunan bir lukatayı sahibi için alıp saklamak mendubdur. Çünkü bununla sahibinin malı ihya edilmiş, bir hain ele geçmesi ihtimâline meydan bırakılmamış olur.

Göröldütü yerde bırakıldıı takdirde zayı olacatından korkulan her lukatayı sahibinin namına iltikat etmek de vacibdir.

Herhangi — tafih olmayan — bir lukatayı sahibine vermeyib imsâk ve intifa etmek için iltikat da haramdır. Çünkü bu takdirde iltikat, bir gasb mahiyetinde bulunmuş olur.

Velhâsıl bir çok defa lukataları iltikat, terkinden efdal bulunur. Fakat nefsinen kat'i surette emin olmayan bir şahs için iltikatı terk etmek daha hayırlıdır.

Kezalik: Köylerin, himegâhların civarında gaib olmuş behaimi halleri üzerine terk etmek de daha iyidir, çünkü bunların sahibleri tarafından bir an evvel bulunması kuvvetle melhuzdur. (Mebûs, Bedayî, Dürrümuh-tar.)

(Malikî'lere göre de lukataları iltikat, mekrûh, vâcib, haram kısımlarına ayrılır. Şöyle ki: Lukata hakkında nefsinin emanetini, hiyanetini bilmeyen, veya nefsinin emanetine kani olmakla beraber bir hainin hiyanetinden korkmayan kimse için iltikat, mekruhdur.

Nefsinin emin olduğuna kani olub bir hainin hiyanetinden korkan kimse için iltikat, vâcibdir. Nefsinin hiyanetine muttali olan kimse için de iltikat, haramdır. (Minehül'celil, Şerh-i Kebir).

İmam Şafii'ye göre ziyaından korkulmayan bir lukatayı iltikat, müstehebdir. Ziyaından korkulan bir lukatayı iltikat ise vâcibdir. Çünkü böyle bir malı taziy etmek haram olduğundan ahz ve siyaneti vâcib olmuş olur. Mahaza bazen de iltikat, mekruh ve haram olur.)

(İmam Ahmed'e göre iltikatı terk etmek efdaldır, çünkü bunda nefsi haramı ekl etmeğe maruz bırakmak tehlikesi vardır. (Keşşafül'kına, El-mizanül'kübra.)

98 — : İltikat edilen lukatalar, bir hale nazaran emanet, diğer bir hale nazaran magsub mesabesinde olur mazmundur. Şöyle ki:

Sahibi için bil'şhad iltikat edilen bir lukata, mültakitin elinde emanetdir. Binaenaleyh anın sun'u taksiri olmaksızın zayı olursa kendisine zaman lâzım gelmez.

Fakat mültakitin kendi nefsi için iltikat ettiği bir lukata, mazmundur, mültakitin elinde zayı olunca misliyyatdan ise misliyle, kıyemiyyatdan ise kıymetiyle tazmin edilmesi icab eder.

Şafii'lere göre bir kimse bir lukatayı evvelâ tarif, bâdehû — bedeli ni zâmin olmak üzere — temellük etmek için iltikat ederse bu lukata hem tarif müddetince, hem de tarifden sonra temellük edinceye kadar elinde emanet olur, temellüke niyyet olduğundan itibaren mazmun olmaya başlar

Fakat bir kimse bir lukatayı hiyanet, yani benimsemek maksadiyle

iltikat ederse derhal mazmun olur, telefi takdirinde bedelini tazmin eder. Şu kadar var ki telef olmadan hâkime def' ederse zamanından kurtulur.

Mahaza bir kimse bir lukatayı hiyanet maksadiyle iltikat etti mi artık anı temellük edemez. Çünkü gâsıb hükmünde bulunmuş olur. (Tuhfetül'muhtac.)

(Hanbelî mezhebine nazaran lukata, ilk sene mültakitın elinde emanetdir. Binaenaleyh kendisinin tefriti olmaksızın telef olursa zâmin olmaz. Fakat lukata, bu müddet içinde mültakitın fiiliyle veya tefritiyle telef olursa mazmun olur.

Amma lukata ilk sene hitamından sonra telef olursa bedeli mültakitın zimmetine müteveccih bir borç olur. Çünkü onun mülküne dahil bulunmuşdur, gerek kendisinin taaddisi, taksiri bulunsun ve gerek bulunmasın.

Şâyed bir ayıb husûliyle kıymetine noksan âriz olmuş olursa sahibi bu noksanı da tazmin etdirebilir.

Bu mesele, ilân müddeti olan bir seneden sonra lukata üzerinde mültakitın mülkiyyet hakkı sâbit olacağı kavline göredir. Fakat bilâ temellük mülk hâsıl olamayacağına kâil olan fukahaya göre temellük bulunmadıkça mültakite zaman lâzım gelmez.

Hanbelî fukahasına göre mültakit, lukatayı aldıktan sonra mevziine red eylese zâmin olur. Bu, Tavus'dan da mervidir. Çünkü lukata, mültakitın elinde emanetdir, bunu hıfz etmesi icab eder, veliyyül'emre veya nâibine red etmedikçe zamanından kurtulamaz. (Keşşafül'kına, Bidayetül'müctehid.)

(Nehaî'ye göre lukatalar temellük edilemez. Binaenaleyh bilâ taaddi telef olunca mültakiti zâmin olmaz.)

99 — : Bir lukatanın emanet mahiyetinde olup olmaması ya lukate sahibinin tasdiğiyle veya mültakitın işhad etmiş olmasıyla tahakkuk eder. Bu, İmamı Âzam'a göredir, imameyne göre ya tasdik ile veya mültakitın yeminiyle taayyün eder.

Binaenaleyh mültakitın yanında zayı olan bir lukatanın sahibi zuhur edib de kendisinin namına iltikat edildiğini ve taaddi bulunmaksızın zayı olduğunu tasdik ederse mültakite bilittifak zaman lâzım gelmez. Fakat tasdik etmezse imameyne göre mültakit yeminiyle tasdik olunur, yemini edince zamanından kurtulur, çünkü meşru bir vechile iltikat etmiş olması asldır. İmamı Âzam'a göre ise bu takdirde işhad etmiş bulunmalıdır. İşhad bulunmazsa zaman lâzım gelir. Çünkü bir insanın bir malı kendi nefsi için ahz etmesi asldır, ve başkasının bir malını rizası olmaksızın ahz etmek haddizatında zamanı mucibdir.

Mültakit, lukatayı kendisi için iltika etmiş olduğunu ikrar ettiği suretde de bilittifak zâmin olur.

100 — : Bir kimse bir lukatayı kendi neisi için iltikat edildikten sonra tekrar mevziine red ve iade etse ziyai takdirinde zâmin olur. Bu lukata, gerek behaim kabilinden olsun ve gerek olmasın.

Fakat sahibine vermek üzere aldıktan sonra tekrar aldığı mevziye red etse zahirürrivayeye nazaran zâmin olmaz, gerek o mevziden ayrılmış olsun ve gerek olmasın. Çünkü mültakit, bir müteberri demektir, lukatayı yerine iade edince teberraunu esasından fesh etmiş, onu asla iltikat etmemiş sayılır.

Fakat bazı fukahaya göre mültakit, lukatayı aldığı mevziden ayrıldıktan sonra tekrar dönerek oraya bıraksa ziyai takdirinde zâmin olur.

(İmam Şafii'ye göre mültakit, iltikat ettiği mevziden gerek ayrılmasın ve gerek ayrılmasın lukatayı oraya iade edince zâmin olur. Çünkü lukatayı bir kerre almakla hıfzını iltizam etmiştir. Bilâhare iadesi âdeti mu-dein vediaıyı zayi olacak bir mahalle bırakması mesabesinde olmuş olur.)

101 — : Lukatalarda istimâl sayılacak suretde tasarruf, zamanı mucibdir.

Binaenaleyh bir kimse lukata olan bir hayvanı alıp rakib olduktan sonra mevziine red etse veya bir elbiseyi alıp giydikten sonra çıkararak yerine iade eylese ziyai takdirinde zâmin olur.

102 — : Lukataları, sahiblerine iade etmemek de zamanı mucibdir.

Binaenaleyh bir lukatayı, zuhur eden sahibi istediği halde mültakit, bilâmazere vermese de bâdehû zayi olsa mültakit bedelini zâmin olur, bu ziya, gerek kendisinin sun' ve taksiriyle olsun ve gerek olmasın. (Hindiyeye, Reddimuhtar, Mecmaül'enhür.)

LUKATALAR HAKKINDA İŞHAD VE TARİF :

103 — : Lukatalar hakkında işhad ve tarif lâzımdır. Şöyle ki:

Bir kimse bir lukatayı bulsa bunu sahibine vermek üzere almış olduğuna bazı kimseleri işhad etmek lâzım gelir ki, ileride zamanından kurtulabilsin. Bu işhad, lukatayı ahz zamanında olur, mültakit bu zamanda işhad edecek kimse bulamazsa veya işhad ettiği takdirde bir zâlimin gasb edeceğinden korkarsa işhadı terk ettiğinden dolayı kendisine zaman lâzım gelmez.

Fakat ahz zamanında böyle bir mani bulunmaksızın işhadı terk etmek zamanı mucib olur.

Bir fetvaya nazaran ahz zamanında işhad edilecek kimse bulunmasa ilk kudret husûlî ânında işhad edilmelidir ki, ileride ziyâından dolayı bir zaman lâzım gelmesin.

104 — : Lukata hakkındaki işhad, mültakit tarafından: «Ben bir lukata buldum.» veya «Bende bulunmuş bir şey var, arayan kimseye tesadüf ederseniz, haber veriniz, bana müracaat etsin.» denilmek gibi bir suretle yapılır.

Böyle bir vechile yapılan işhad, örf ve âdete nazaran müteaddid lukatalar hakkında da kâfidir, çünkü lukata veya «Bulunmuş bir şey» tâbiri gayri muayyen olup müteaddid lukatalara şâmil bir ism-i cins demektir.

105 — : Lukatalar hakkındaki tarife gelince bu ilâm ve ilân demektir. Bu tarif, sokaklar, çarşılar, mescid kapıları gibi mecme-i nâs olan yerlerde yapılır. Çünkü bu gibi yerlerde yapılan ilânlar, hâdisenin daha çabuk teşhirine hizmet eder. Maamafih lukatanın bulunduğu yerde ilâm lâyikdir, çünkü sahibinin orada araması melhuzdur.

Lukatayı tarif — İlân edene: (Münşit), lukatayı arayıp soran kimseye de: (Naşit) namı verilir.

106 — : Lukata hakkında ilân müddeti bir senedir, gerek çok bir şey olsun ve gerek olmasın. Bu müddet içinde vakit vakit, yani: Bidayeten bir kaç gün müttasıl, bâdefû her cuma günü veya her ay veya her altı ayda bir ilân yapılır.

Fakat zâhîrürriyaveye nazaran bu ilân için muayyen bir müddet yoktur, bu müddet, lukatanın mahiyetine, örf ve âdete göre tebeddül eder, sahibinin artık aramayacağına kanaat gelinceye kadar devam eder. Müftabih olan da budur.

İmamı Azam'dan bir rivayete göre bir lukata, yüz dirhem veya emsâli bir şey ise bir sene, on dirhem veya emsâli bir şey ise bir ay, üç dirhem ve emsâli bir şey ise bir hafta veya on gün, bir dirhem ve emsâli bir şey ise üç gün, bir dânik ve emsâli bir şey ise bir gün ilân edilir. Bundan dîn bir şey hakkında ilân lâzım gelmez.

Maahaza bu müddetlere riâyet edilmesi lukatanın çabuk bozulacak bir şey olmadığı takdirdedir. Bozulmasından korkulduğu takdirde ise bu müddetleri ikmâle lüzum görülmez. Lukata hakkında lâzım gelen muamele daha evvel yapılır.

107 — : Mekke-i Mükerreminin haremî dâhilindeki lukatalar ile anın haricindeki lukatalar aynı hükme tâbidirler, her iki kısım hakkında da aynı vechile işhad ve tarif muamelesi carî olur.

108 — : Lukataları ilân hususunda istinabe caizdir. Çünkü her kimse bizzat ilâna kâdir olamaz.

109 — : Mültakit, işhad ve ilândan sonra vefat edeceğinden korkarsa lukata hakkında vasiyetde bulunmalıdır, tâ ki terekesine idhâl edilmesin.

Vârisler dahi lukatayı ilânda bulunurlar, bulunmazlarsa ziyâ takdîrinde zâmin olmaları lâzım gelir.

Bazı zevata göre mültakit ilânı kâfidir, vârislerin ayrıca ilânı icab etmez.

110 — : Mültakit, işhadda bulunduktan sonra lukatanın bilâ taaddî zayı olduğunu iddia etse bu iddiası bilittifak kabul olunur, üzerine zaman lâzım gelmez. Çünkü anın eli, bir yed-i emanet bulunmuştur. Meğer ki, hilâfı bilbeyyine sâbit olsun. (Bedayî, Haniyye, Bahrirâik.) Bu meseleler, Hanifiyyeye göredir.

(Eimmei Selâseye göre lukatalar hakkında işhad, müstehabdır. Her halde lâzım değildir, ademi işhad zamanı icab etmez. Lukataların tarif müddeti ise bir senedir. Şöyle ki:

Malikî'lere göre bir lukata, pek az, kıymetli bir şey olsa da bir sene ilân edilir. Tâfih, yani: Kıymeti bir dirhemden az olub nâsın ehemmiyet vermediği şeyler ise müstesnadır, bunlar için ilâna hacet yokdur, sahibleri mâlûm değilse bunlardan mültakit hemen istifa edebilir.

Tarif, ya mültakit veya sair bir kimse vasıtasıyla yapılır. Bu tarif ilk günlerde sık sık yapılırsa da bilâhare iki üç günde, haftada, iki ayda bir yapılması kifayet eder. Muarrif, lukatanın cinsini beyan ve ismini tasrin etmez. Bu ilânda terâhi gösterilmesi zamanı mucibdir.

Eğer mültakit, bizzat ilân edecek kimselerden değilse lukatadan verilmek üzere ücretle bir muarrif tedârik edebilir. Yaş meyva ve et gibi çabuk bozulacak bir lukatanın yenilmesinden dolayı zaman lâzım gelmez, bunu ilân da icab etmez.

İmam Malikden bir rivayete göre rûbu dinardan dûn olan bir lukata için ilân icab etmez, çünkü böyle nisabı sirkatden dûn olan bir mal tavin sayılır.)

(Şafiî'lerce ilân, vâcib veya mendubdur. İltikatın akabinde olması lüzûmuna kâil olanlar bulunduğu gibi bilâhare yapılabileceğine kâil olanlar da vardır, elverir ki malikinin keyfiyetden haberdar olabileceği bir müddet geçmiş olmasın.

Âdi bir lukata hakkında bir seneden az müddetle ilân kifayet eder. Esah olan da budur. İlân, lukatanın bazı evsafını beyan suretile yapılır. İlân ücreti mültakite aiddir.)

(Hanbelî mezhebine göre de her mültakit için bir sene ilânda bulunmak vâcibdir. Bu ilân, bidayeten bir hafta kadar mütevâliyen, bilâhare fasıla ile gündüzleri sokak, mescid ve cami kapıları gibi nâsın toplanacağı yerlerde yapılır. Bu ilânı ya mültakit veya nâibi yapar, ilân ücreti mültakite aiddir.

Mültakit, lukatayı ilk bulduğu günden itibaren ilâna başlar, ilân mümkün olduğu halde bunu ilk sene terk etse âsım olur. Fakat ilâna imkân bulamamış, meselâ: Hastalık, hapis, nisyan gibi bir sebebe mebni buna muvaffak olamamış ise bunda iki vech vardır. Bir vech'e göre artık ikinci sene ilân etse de etmese de hiç ilân etmemiş gibi sayılır, çünkü vakti fevt olmuştur. İkinci vech'e göre ikinci sene tarif eder, bâdehû malik olur. Çünkü ilânı vakti imkânından tehir etmiş değildir.

İlân, lukatanın yalnız cinsini, meselâ: Altın, gümüş, veya siyab olduğunu beyan suretiyle olur, fazla evsafını bildirmek caiz değildir. (Elmugnî, Şerh-i Muhammed-i Hırşî, Tuhfetül'muhtac, Keşşafül'kına.)

(Zahiriyyeye göre de lukatalar çok olsun olmasın ilân edilir. Ancak insanın aramayacağı pek az bir şey hakkında ilân icab etmez, bir hurma, bir elma danesi gibi, bunlardan bilâ ilân intifa etmekde bir beis yoktur. İlân mecme-i nâsda yapılır, «Kimin bir malı zayi olmuş ise alâmetini haber versin.» denilir. Bir sene-i kameriyye bu vechile ilân olunur. Bu müddet içinde bir kimse, bunun kendisine aidiyyetini beyyine ile isbat eder veya bunun evsafını, veya zarfını veya ne suretle bağlı bulunmuş olduğunu beyan ederse tasdik olunur, bu mal kendisine verilir. Böyle bir kimse zuhur etmediği takdirde bu lukata sene nihayetinde mültakit malı olur. Mültakit, gerek fakir ve gerek zengin olsun. Bunda dilediği gibi tasarruf edebilir. Vefatında da vârislerine kalır. Şu kadar var ki, bilâhare bir kimse zuhur ederek bunu beyyine ile veya evsafını ve sairesini beyan ile isbat ederse tasdik olunur, bunu berhayat ise mültakit, değilse vârisleri o kimseye zâmin olurlar.

Lukata, yalnız bir dinar, bir dirhem, bir inci danesi, bir sevb veya herhangi kabsız, bağısız bir şey olursa bu derhal mültakite aid olur. Şu kadar var ki, mültakit bunu yaşadıkça ilân eder. Bir kimse zuhur eder de kendisine aidiyyetini isbat eylerse ona zâmin olur. Mültakit vefat etmiş ise vârisi tazmin eder.

Şâyed böyle bir lukata, Mekke-i Mükerreme'nin haremünde veya ume-reye veya hacca giden refikler arasında bulunursa daima ilân edilir, buna mültakitın temellük etmesi helâl olmaz. Belki mevkuf bulunur, sahibini bilmekten kat'i suretde yeis hâsil olunca bu, mesâlihi müslimine tahsis edilir. Çünkü Resûlî Ekrem, Sallallâhü Taâlâ Aleyhi Vesellem, Hac lukatasını temellük için almakdan nehî buyurmıştır. (Elmuhallâ).

. (Maliki'lerce meşhur olan kavle ve İmam Ahmed'den bir rivayete göre Mekke-i Mükerre ile sair aktarın lukataları arasında fark yoktur. İmam Şafii'ye göre harem dahilindeki lukatalardan intifa helâl olamaz. Bunlar sahibleri için hıfz edilmek üzere alınır, ve mültakit, haremde bulunduğınca bunu tarifde bulunur, haremde çıkınca hâkime teslim eder. Bunu temellük için ahz edemez. (Bidâyetül'müctehid, Elmizanül'kübrâ.)

LUKATALARIN BEYTÜL'MÂLE, HAKİME TEVDİİ :

111 — : Zimmîlere aid olduğu anlaşılan lukatalar, beytül'mâle vaz' edilmek lâzım gelir. Sahibleri zuhur ederse beytül'mâlden aynen veya bedelen alırlar, zuhur etmezse nevaibi müslimine sarf edilir.

112 — : Müslümanlara aid lukataların da bâdel'işhad — müstahik-kine verilmek veya beytül'mâle vaz'edilmek üzere — hâkime tevdi edilmesi evlâdır. Meğer ki hâkim tarafından müstahikkine verilmesi şüpheli olsun, o halde mültakit bizzat ahz ve hıfzı ve usûlen tesadduk etmesi daha muvafıktır.

113 — : Müslümanlara aid olan bir lukatayı mültakit, işhad ve ilân-dan sonra nezdinde hıfz edebilir. Mahaza isterse götürüb veliyyül'emre de ref edebilir. Bu halde veliyyül'emr muhayyerdir, lukatayı dilerse kabul eder, dilerse kabul etmez, kabul ettiği takdirde de dilerse hemen fukaraya tesadduk eder, veya zengin şahsa ödunc verir veya müzarebe suretiyle tevdi eder, yahud mültakitine iade eyler. Mültakit de muhayyerdir, dilerse lukatayı aynen hıfz eder, dilerse satıp semenini saklar, ve dilerse fukaraya tesadduk eder.

114 — : Veliyyül'emr, bir maslahat görürse lukatayı mültakit elinden alarak beytül'mâl hâzinlerine tevdi edebilir. Çünkü veliyyül'emr, lukata sahibi hakkında nazırdır, eslâh gördüğünü ihtiyar eder.

Ebû Reşid'in azadlısı Ebû Said demiştir ki: «Ben mükâteb idim, hırrede beş yüz dirhem buldum, bunu Hazreti Ömer'e haber verdim, «Bununla iş gör, ve ilân et.» diye emr etdiler, ben de bununla iş yaptım, bedeli kitâbeti ödedim, sonra da keyfiyeti Faruk-i Azam'a arz etdim, «Bu meblâğı beytül'mâl hâzinlerine ver.» diye emr etdiler.

Hâsılı bu gibi mallar, beytül'mâlin varidâtı cümlesindendir. İslâm Hukukunda vergiler bahsine müracaat!.

115 — : Lukataları iltikat ve muhafaza için «Zabiti lukata» namı verilen memurlar var ise bunlar elde ettikleri lukataları beytül'mâl namına hıfz ederler, böyle bir memur lukatayı hıfz etmek üzere iken azl edi-

lib yerine başkası nasb edilse o lukatayı selâhiyetdar olan makamın emri olmadıkca o memurdan ahz ve tesellüm edemez.

116 — : Mültakit veya zabiti lukata. bulduğu hayvanı bâdel'îşhad kendi hizmetinde istihdam etmekle kıymetine noksan âriz olsa sahibi zuhur edince bu hayvanın o noksan kıymetini de alabilir. (Mebsutu Serahsî, Bedayî, Reddimuhtar.)

(Maliki'lere göre veliyyül'emr, bir lukataya yaz'î yed edince bunu biz-zat temellük veya tesadduk edemez, çünkü bunu bilâhare kendisine tazmin ettirmek müşkildir.

Binaenaleyh veliyyül'emr bu lukatayı ya sahibi namına tevkif eder veya satarak semenini beytül'mâle tevdi eyler.

Bir kimse zimmîlere aid bir karyede bir lukata elde etse bunu onların âlimlerinden birine, âlimleri yok ise râhiblerinden, yani: Abidlerinden birine tevdi etmelidir. Kendisinin ilân etmesi icab etmez. Bu lukatayı bunlara tevdi etmek, hükûmete tevdi etmekden daha münasibdir. Çünkü onların meşgaleleri daha az olduğundan lukatanın sahibini daha evvel bulmaları melhuzdur. (Muhtasar-ı Ebizziya, Şerh-i Kebîr, Hâşiye-i Düsûkî.)

LUKATALARIN MUHAFAZALARINA, NAFAKALARINA AİD MASRAFLAR:

117 — : Hayvanat kabilinden olan lukatalar nafakalarına hâkimin emriyle sarf edilen meblâğ sahibinin zimmetine müteveccil bir borç olur. Fakat hâkimin emri olmaksızın sarf edilen şeyler teberru sayılır.

118 — : Hâkim tarafından lukataların infakına müsaade edilebilmesi için lukata oldukları beyyine ile sabit olmalıdır. İltikat iddiasında bulunan kimse, beyyine ikame edemezse hâkim, infak ile mukayyed suretde emr eder. Şöyle ki: Hâkim, bazı emin kimseler muvacehesinde: «Bu kimse, şu malın lukata olduğunu iddia diyor, bu iddiasında doğru olup olmadığı ben-ce mechuldür, siz şahid olunuz, iddiasında doğru ise infakına emr ediyorum.» der ve maliki mevcut ise çıkıp geleceğine kanaat edeceği iki, üç günlük bir müddet için bu infaka müsaade eder, maliki zuhur etmezse satılmasına karar verir, semeninden mültakitın sarf ettiği nafaka bedeli tediye edilir.

119 — : Hâkimin emriyle infak edilen lukata helâk olsa mültakit, sarf etmiş olduğu nafaka bedeli ile sahibine rücu edebilir.

120 — : Hayvanat kabilinden olan lukataları hâkimin takdirine ha-

vale etmek gerekdir. Şöyle ki: Hâkim, maslahata göre hareket eder, eğer kiraya verilmek suretiyle intifa kabil ise kiraya verilmesine emr eder. nafakası bundan temin edilir, kiraya verilmesi kabil olmadığı ve nafaka sına sarf edilecek meblâğın kıymetinden zâid olacağı anlaşılırsa satılmasına karar verir. Fakat satılmayıb infak edilmesi daha muvafık görülür se kıymetinden zâid sarf edilmek üzere infakına emir verir, ve bu infak masrafı sahibinin borcu olur.

Binaenaleyh sahibi bu masrafı ödeyinceye kadar lukata, haps edilebilir. Ödemekden imtina ederse hâkim, lukatayı satarak nafakasına sarf edilen meblâğı mültakite verir.

Şu kadar var ki, hâkim, infakına müsaade edince sahibine rücu etmek üzere infaka müsaade ettiğini tasrih etmelidir. Rücuu tasrih etmezse — kavli esehha göre — lâzımtüddiye bir borc olmaz.

121 — : Zabiti lukata, ahz ve işhad eylediği bir hayvana meselâ yevmî şu kadar kuruş nafaka takdir ettirdikten sonra sahibi zuhur edib takdir edilen meblâğdan şu kadar kuruş noksan sarf edilmiş olduğunu iddia etse ziyade sarf edilen mikdarı isbat lâzım gelir. İsbat edilemezse bu ziyade mikdar, lukata sahibinden alınamaz.

122 — : Mültakit, iltikatından dolayı bir ücrete müstahik olmaz. Çünkü bu hareketi teberruan vuku bulmuştur.

Binaenaleyh bir kimse meselâ: Bir itik parayı veya yolunu şaşırmış bir cariyeyi veya köleyi ve yahud gaib olmuş bir hayvanı bulub sahibine red etse bundan dolayı bir ücret talep edemez. Şu kadar var ki, lukata sahibinin o kimseye bir ıvaz vermesi müstahsendir. Çünkü bu iltikat ve teslim muamelesi bir ihsandır, ihsanın mükâfatı da ihsandan başka bir şey değildir. (Bedayi, Hîndiyye, Reddimuhtar.)

(Maliki'lere göre bir kimse iltikat ettiği sığır, at, deve hayvanlarını nafakalarını tedarik için kifayet edecek müddetle kiraya verebilir ve böyle bir hayvana iltikat mevziinden kendi ikametgâhına kadar râkib olabilir. Fakat bundan fazla bir müddetle vçya emin olmayan kimseye kiraya veremez, ve ikametgâhından başka bir mevzie kadar râkib olamaz, aksi takdirde uhdesine zaman teveccüh eder.

Mültakid, lukatanın nafakasını kendi malından tedarik edince sahibi muhayyer olur: Dilerse bu nafakanın bedlini vererek lukatayı alır, dilerse bu nafaka mukabiliinde lukatayı mültakite terk eder, bir kerre terk etti mi artık bir daha alamaz.

Lukata sahibinin borcu zuhur etse mültakit, bu nafakadan dolayı sair garimlere = Alacaklılara tekaddüm eder. (Müdevvene, Şerh-i Kebir)

(Hanbelî fukahasına göre lukata sahibi, bunu bulub kendisine iade

edecek şahsa bir cuûl = Ücret vereceğini deruhde etmekle bir kimse buna muttali olduktan sonra lukatayı bulub sahibine iade etse o ücrete müstahik olur.

Bu ücret, muayyen bir kimse hakkında yapılabilir, bu halde başkası lukatayı bulub teslim etse bu ücrete müstahik olmaz. Ve bu ücret, müt-addid kimselere mütefavit mikdarda da deruhde edilebilir. Çünkü icarcede amel müttehid olsa da ücret muhtelif olabilir.

Fakat bir lukatayı, bir dâl veya dâlleyi böyle bir cuûl olmaksızın bulub sahibine veren kimse ücrete müstahik olmaz, bundan abik meselesi müteşnadır. Abik bahsine müracaat!

Denizde kırılıb batan bir geminin hamulesinin bir takım kimseler koşub kurtarsalar, İmam Ahmed'in tasrihine kıyasen ücrete müstahik olurlar. Çünkü bu ücrete istihkak, o hamûlenin tahlis ve hıfz edilmesine ve sile olur. denize dalacak kimseler böyle bir ücrete müstahik olduklarını bilince bu işe mübâderet ederler, aksi takdirde nefislerini böyle bir muhataraya atmazlar. İmam Malik ile İmam Şâfiî'ye ve İbni Münzire göre bu hamûle sahiblerine verilir, bunları tahlis edenler, müteberri olacaklarından ücrete müstahik olmazlar. (Elmugnî., Keşşafül'kına.)

SAHİBLERİ ZUHUR EDEN LUKATALAR :

123 — : Bir lukata, ilân edildikten sonra bir kimse zuhur edib sahibiyyet iddiasında bulunsa bakılır: Eğer beyyine ikame ederse lukata kendisine verilir, beyyine ikame etmeyib de lukatanın bazı evsafını, meselâ: Veznini, adedini, mehfezesini bildirirse mültakit muhayyer olur, dilerse — zâhiri hâle itimaden — lukatayı o kimseye verir, bu takdirde kendisinden bir kofil alabilir, çünkü başka bir şahsın zuhur ederek lukatanın kendisine aidiyyetini bil'beyyine isbat etmesi melhuzdur. Ve dilerse vermez, çünkü bu evsafı bildirmek malikiyyeti icab etmez bir kimse başkasına aid bir malın da evsafını görmek, işitmek suretiyle bilebilir. Bu, ihtimâl daire-sindedir, muhtemel olan bir şey ise ilzâm için bir hüccet olamaz. İstihkak ancak bir hücceti hukmiyye ile zâhir olur.

124 — : Mültakit, lukatayı bazı evsafını beyan ederek sahibiyyet iddiasında bulunan şahsa teslim etdikden sonra başka bir kimse zuhur ederek malikiyyetini bil'beyyine isbât eylese, lukatayı mevcut ise aynen, değil ise bedelen o şahsdan alır, lukata mevcut değilse veya o şahsdan alması kabil bulunmuyorsa bunu mültakite tazmin etdirebilir.

125 — : Mültakit, lukatanın bir şahsa aidiyyetini ikrar ettiği halde başka biri zuhur ederek kendisinin malikiyyetini bil'beyyine isbat eylese

lukata, bu beyyine sahibine aid olmuş olur. Mahaza mültakit, bu lukatayı hâkimin emriyle sahibiyyet iddiasında bulunan şahsa teslim etmiş ise kendisi zâmin olmaz. Bu, İmam Ebû Yûsûf'e göredir. Çünkü mültakitin bu teslimi, hâkimin emrine müsteniddir, fetvâ da bu vechiledir.

Fakat İmam Muhammed'e göre zâmin olur, çünkü hâkim, bu emri mültakitin ikrarına mebni vermiştir.

126 — : Mültakit, bil'beyyine sâbit olan lukatayı sahibine bizzat vermeyib hâkimin huzurunda vermeyi ihtiyar edebilir. Nezdinde bulunan lukata, bu esnada zayı olsa üzerine zaman lâzım gelmez.

127 — : Hâkim veya hâkimin izniyle mültakid, lukatayı satdıktan sonra sahibî zuhur etse semeninden başka bir şey taleb edemez, çünkü bu satış muamelesi bir velâyeti şer'îyye ile nafiz olmuş bulunur. Fakat mültakit hâkimin emri olmaksızın satmış ise bakılır: Eğer lukata müşterinin elinde mevcut ise sahibî muhayyerdur: Dilerse satışa icazet verir, semenini alır, dilerse satışa ıbtâl edib lukatayı istirdad eder, fakat lukata, zayı olmuş ise sahibî dilerse kıymetini müşteriye tazmin etdirir, müşteri de semeniyle mültakite rücu eder. Ve dilerse kıymetini mültakite tazmin etdirir, bu takdirde satış muamelesi, bâyi, yani: Mültakit cihetinden nâfiz olmuş olur. Su kadar var ki mültakitın almış olduğu semen, ödeyeceği kıymetden ziyade ise bu zâid mikdarını tesadduk etmelidir. çünkü bu mikdar, kendisine habîs bir kesh ile hâsil olmuş demektir.

128 — : İlân müddetini müteakib fukaraya tesaddu edilen bir lukatanın sahibî zuhur etse muhayyer olur: Dilerse vâki olan tesadduku kabul eder, sevabı kendisine aid olur, dilerse kabul etmeyib mültakite veya bulabilirse fukaraya tazmin etdirir, bunlardan herhangiisi tazmin ederse diğerine rücu edemez. (Hindiyeye, Bahrirâik, Mecmaül'enhür.)

Bu meseleler, Hanefiyyeye göredir.

(Malikî'lere göre de bu hususda şu hükmler carîdir:

(1) — : Mültakit, lukatayı evsaf ve alâmetini tamamen beyan ederek malikiyyet iddiasında bulunan kimseye vermeğe mecburdur. Çünkü lukatanın böyle evsaf ve alâmetini beyan edince anın sahibî olduğuna dair bir tevehhüm vücuda gelir, istihkak ise zâhiri hâle nazaran sâbit olur, bâhusus başka bir münazi bulunmayınca.

(2) — : Lukata, evsafını beyan ederek malikiyyet iddiasında bulunan kimseye yemin etdirilmeksizin verilir, bilâhare başka bir şahs zuhur ederek kendisine aid olduğuna dair beyyine ikame eylese mültakit zâmin ol-

vechile evsafını beyan etse tahlif olunurlar, ikisi de yemin eder veya yeminden imtina eylerse lukata, aralarında taksim olunur, fakat yalnız birisi yemin ederse lukata tamamen kendisine verilir.

(4) — : Bir kimse, lukatanın evsafını beyan ile malikiyyet iddiasında bulunub da hâdisenin işaasına müsaid bir vakit geçdikden sonra başka birisi de zuhur ederek aynı vechile lukatanın evsafını beyan ile malikiyyet iddiasında bulunsa artık bu ikinci iddiaya itibar olunmaz.

(5) — : İki kimseden her biri bir lukatanın ziya tarihini beyan etmeksizin kendisine aid olduğunu iddia ve beyyine ikame eylese lukata, aralarında bâdel'yemin taksim olunur. Fakat tarih beyan ederlerse mukaddem tarihli beyyine râcih olur.

(6) — : Mültakit, lukatayı bir sene tarifden sonra hâkimin emriyle veya emri olmaksızın satırsa da bâdehû sahibi zuhur etse bu satış muamelesini bozamaz, belki semenini mültakitden alır. Fakat bir sene geçmeden satılmış olursa muhayyerdır. Dilerse satış muamelesini kabul eder, dilerse kabul etmeyib bozar.

(7) — : Mültakit, lukatayı bir sene tarifden sonra kendisi temellük veya birisine tesadduk etse de bilâhare sahibi zuhur eylese bakılır: Eğer lukata, olduğu gibi duruyorsa bunu aynen alır, kıymetini taleb edemez, fakat lukatayı bir istimâl ve taaddi sebebiyle eksilmiş, ayıblanmış bir halde bulursa muhayyerdır: Dilerse onu böyle noksan olarak alır, dilerse temellük veya tesadduk günündeki kıymetini mültakitden almakla iktifa eder, bu takdirde mültakit dahi lukatayı tesadduk etmiş olduğu fakirin elinde tamamen veya kısmen mevcut bulursa istirdad edebilir. Meğer ki kendi namına tesadduk etmiş olsun, o zaman istirdad edemez, nitekim lukata, fakirin elinde tamamen telef olmuş olduğu takdirde de hüküm böyledir.

Lukatanın noksanı, bir taaddi sebebiyle değil de bir âfet-i semâviyye sebebiyle olduğu takdirde ise sahibi bundan başka bir şey almağa müstahik olmaz. (Minehül'celîl. Şerh-i Kebîr, Düsûki.)

(Hanbelî mezhebine göre de şu hükmler carîdir:

(1) — : Mültakit, lukatayı evsafını beyan ile malikiyyet iddiasında bulunan kimseye bilâ yemin verir, sıtk'ı hakkında gerek zannı galibi bulunsun ve gerek bulunmasın. Çünkü lukataya beyyine ikamesi çok kerre müteazzir olur.

Ebû Übeyde'ye, Davud-ı Zahri'ye göre de böyledir.

(2) — : Lukatayı iki kimse vasfını beyan ederek iddiada bulunursa aralarında kur'a keşide edilir, namına isabet edene bâdel'yemin teslim olunur. İkisi de beyyine ikame edince de böyle yapılır.

(3) — : Lukata, vasfını beyan eden şahsa verildikten sonra başka biri zuhur edib beyyine ikame eylese lukatayı mevcut ise alır, değilse mu-

hayyerdır, dilerse mültakite ve dilerse o şahsa tazmin etdirir, İmam Şafii'ye göre de böyledir. Çünkü lukata, müstahikki olmayan kimseye def' edilmiştir. Şu kadar var ki hâkimin hükmiyle o şahsa verilmiş ise artık mültakite tazmin etdirilemez.

(4) — : Lukatalar, beyyine ikame veya evsafını beyan etmeyen kim-selere mücerred iddialarına mebni verilemez, verilirse zamanı mucib olur. Çünkü bunlar birer vediadır, sahiblerinden başkalarına verilemez, verilir-se istirdadı lâzım gelir.

Lukatayı sahibi ziyade-i müttasıla ve münfasilesile beraber alır, çünkü bunlar kendi mülkünün nemasıdır. (Elmuğnî, Keşşafül'kînâ.)

(5) — : Lukata, mültakitın mülkünden beyi ve hibe gibi bir sebebe le çıkdıktan sonra sahibi zuhur etse lukatanın bedelini alabilir, kendisini istirdad edemez, çünkü mültakitın bu tasarrufu kendi mülkünde vâki olmakla sahih olarak mün'akid olmuştur. Fakat her hangi bir sufetle tek-rar mültakitın mülküne avdet ederse bunu sahibi aynen istirdad edebilir.

(6) — : Lukata, mevcut olduğu halde mültakit vefat etse vârisi makamına kaım olur. Bu halde bakılır: Eğer iltikat tarihinden itibaren henüz bir sene geçmeden vefat ederse vârisi ilân müddetini ikmâl eder, sonra lukataya malik olur. Fakat bir sene geçdikden sonra vefat ederse vârisi lukataya sair terekesi gibi heman malik olur. Binaenaleyh sahibi zuhur edince lukatayı vârisden alır.

Lukata, mültakitın vefatından evvel madumetül'ayn olduğu takdirde ise nazar olunur, eğer bir sene geçtikden sonra madum olmuş ise sahibi mültakitın bir garimi olmuş olur, lukatayı misliyyatdan ise misliyle, kıyemiyatdan ise kıymetile terekesinden tazmin etdirir, gerek mültakitın fi'lile telef olmuş olsun ve gerek olmasın. Çünkü bu halde lukata, mültakitın müküne dahil bulunmuştur. Fakat bir sene geçmeden ve mültakitın taksiri olmaksızın madûm olmuş ise zaman lâzım gelmez. Çünkü bu takdirde lukata, emanet mahiyyetindedir. (Elmuğnî, Keşşafül'kînâ, Neylül'meârib.)

(Şafii'lere gelince bunlara göre mültakit, lukatayı ilân eder. İlân müddeti nihayet bulur da sahibi zuhur etmezse muhayyer olur. Dilerse lukatayı başka bir kimseye terk eder, dilerse kendisi temellük eder. Fakat bilâhare sahibi zuhur ederse bedelini zâmin olur. Yani: Lukata bâdettemellük hissan veya şer'an telef olmuş ise misliyyatdan ise mislini, kıyemiyatdan ise kıymetini tasmin eder. Lukata kabilinden bir rakikin azad edilmesi şer'an telef demektir. Çünkü artık bunun rıkka iadesi caiz olamaz. Bâdettemellük husûle gelen ziyade-i müttasılanın sahibine reddi lâzım gelirse de haml gibi ziyade-i münfasile sayılan şeylerin reddi lâzım gelmez. (Tuhfetül'muhtac, El-müntehâ.)

SAHİBLERİ ZUHUR ETMEYEN LUKATALAR :

129 — : Bir lukata hakkında ilân yapıldığı halde muayyen müddet hitamına kadar sahibi zuhur etmezse mültakit muhayyer olur: Lukatayı dilerse hıfza devam eder, dilerse fukaraya tesadduk eder, dilerse hâkime tevdi eyler, kendisi zengin ise bundan intifa edemez. Fakat fakir ise bundan bizzat — bir rivayete göre hâkimin müsaadesiyle — intifa edebilir. Kendisinin fakir olan babasına veya fakir olan büyük oğluna, ve kendisi de fakir ise fakir olan küçük oğluna, ve fakir bulunan zevcesine tesadduk edebilir.

130 — : Lukata ile ilân müddetinden sonra zengin bir kimsenin — zimmetinde bir borç olmak üzere — intifa edebilmesi veliyyül'emrin iznine mütevakıftır. Çünkü lukatanın sahibi zuhur etmeyince tesadduk edilmesi icab eder, sadakanın masrafı ise zengin değil, fakirdir. Maama-fih bir kimsenin maliyle rizası olmaksızın bilâzaruretin başkasının intifa etmesi caiz değildir, zengin hakkında ise böyle bir zaruret tasavvur olunamaz.

Fakat veliyyül'emr muvafık görürse lukatayı zengin bir şahsa ikraz suretiyle idame edebilir.

131 — : Mültakit, bâdel'ilân sahibî zuhur etmeyen bir lukatayı satın semenini ihtiyacına mebni kendi umuruna sarf etdikden sonra zengin olsa bunun bir mislini fukaraya tesadduk etmesi — kavli muhtara göre — icab etmez. Çünkü sarf zamanında fakir olmakla buna müstahık bulunmuşdur. (Hindiyye, Dürrümuhtar, Bahrirâik.)

Bu meseleler, Hanefiyyeye göredir.

(Malikî'lere göre mültakit, bâdel'ilân sahibi zuhur etmeyen bir lukatayı dilerse sahibi belki zuhur eder ümidiyle elinde hıfz edebilir, dilerse fukaraya tesadduk eder, ve dilerse — sahibi zuhurunda zâmin olmak üzere — temellük edebilir.)

(İmam Şafii'ye göre: Mültakit, lukatayı bir sene ilân eder de sahibi zuhur etmezse — uhdesinde bir borç olmak üzere — bundan intifa edebilir, gerek zengin olsun ve gerek olmasın.

Şafii'lere göre bir kimse, kır bir yerde sahipsiz bir hayvanı iltikat edince muhayyer olur. Dilerse ilân eder, sonra temellâk eyler, dilerse hâkimin izniyle satar semenini saklar, bâdehû lukatayı ilân eder, sonra da semenini temellük eder ve dilerse fil'hâl temellâk eder, eti yenilecek hayvanlardan ise — umrana nakli müşkil olacağından — kesib etini yer, ilânda bulumur, bilâhare sahibi zuhur edince de temellük ettiği gündeki kıymetini zamin olur.

Umrandan iltikat edilen hayvanlar ise yenilmek suretiyle temellük edilmez, çünkü bunların orada satılmasında suhulet vardır.

Sair lukatalar hususunda da sahiblerine daha nafi olacak vechile hareket edilir. Şöyle ki: Ya fil'hâl temellük edilir, veya sahibinin mülkünde ibka suretiyle saklanılır, veya hâkime tevdi olunur, mültakit, lukatayı hâkime tevdi etmek isteyince hâkimin kabuli lâzım gelir, çünkü bu halde lukata, daha kuvvetli bir emanete nakl edilmiş olur. Şu kadar var ki lukataları emin olmayan bir hâkime tevdi etmemek icab eder. (Tuhfetül'muhtac, Hâşiye-i Şîrvânî).

(Hanbelî mezhebine gelince, buna göre sahibi zuhur etmeyen bir lukata, mültakitir, — sair emvâlî gibi — malı olur, ister fakir olsun, ister olmasın. Atâ'nın kavli de böyledir.

Fakat Ebülhattab'a göre mültakit, ihtiyar etmedikce, meselâ: Bunun temellükünü ihtiyar etdim demedikce lukataya malik olmuş olamaz.

Hanbelî fukahasına göre mültakit, lukataya bigayri ıvazın malik olur, çünkü bu mübahat kabilindendir. Bu cihetle lukata hakkında vasiyyet yapmak, ve mültakit vefat edince lukatayı terekesinden ayırmak lâzım gelmez. Şu kadar var ki sahibi zuhur edince lukatayı alabilir, aynen alması müteazzir olunca bedelini isteyebilir.

Bir lukatayı iki kimse birlikde bulsalar, bâdel'ilân buna müştereken malik olurlar. Fakat bir lukatayı iki kimse birlikde görüb de yalnız birisi alsa lukata bu alana aid olur, iki kimseden biri diğerine: «İşte lukata, al.» diye işaret edib de diğeri alacak olsa bakılır: Eğer gösterenin namına niyet ederek almış ise lukata onun olur, fakat kendi namına almış ise kendisine aid olur, âmirin olmaz, nitekim ıstıyada vekâlet de böyledir.

Bu beyan olunan hükümler, her lukatada carîdir, bunda esman ile uruz beyninde fark yokdur. Fakat Hanbelî fukahasının ekserine göre mültakit, uruz kabilinden olan bir lukataya ilân ile malik olamaz, bir kavle göre bunu daima ilân eder, bir kavle göre de muhayyerdir: Dilerse sahibi zuhur edinceye kadar ilân eder, dilerse hâkimin re'yine havale eyler, bir sene sonra bunu satması veya tesadduk etmesi hususunda ise iki rivayet vardır. (Keşşafül'kına, Elmuğnî).

ÇOCUKLARIN, RAKİKLERİN, GAYRİ MÜSLİMLERİN İLTİKAT EDECEĞİ LUKATALAR :

132 — : Mültakitin bâliğ, hür ve müslim olması şart değildir.

Binaenaleyh böyle olmayanların da iltikat etdikleri mallar hakkında lukata ahkâmı cereyan eder.

133 — : Gayri bâliğ olan bir mültakit namına ilânı velisi veya vasisi yapar, ticarete mezun olmayan bir rakik namına da maliki yapar.

134 — : Lukatalara aid işhad hususunda çocuklar da bâliğ hükmündedirler.

Binaenaleyh işhadda bulunmadıkları takdirde uhdelerine zaman teveccüh eder. Bu meseleler, Hanefiyeye göredir. (Hindiyeye, Reddimuhtar.)

(Şafii'lere göre bir dereceye kadar mümeyyiz bulunan çocukların, mecnunların, mehcürünaleyh olan kimselerin, zimmîlerin, muahidler ile müste'minlerin, mürtedlerin dari islâmda lukata iltikatları sahihdir, yani bunların bu iltikatları hakkında da lukata hükümleri cari olur. Çünkü bu iltikatda iktisab mânası, emanet ve velâyet mânâsına «mahiyyetine» galibdir. Maamafih bunlar, bidayeten iltikatdan men'edilirler. Hâkim, fâsik olan bir mültakitın elinden lukatayı alarak bir yed-i adle vaz'eder.

Fâsıkın, gayri müslimin ilânları muteber değildir, bu ilânları mürakabe için kendilerine âdil bir kimse terfîk edilir.

Çocukların, mecnunların, sefihlerin elde ettikleri lukatalar, velîleri marifetiyle hıfz edilir, bunların velîleri, kendilerinin nâibleridir.

Binaenaleyh velîleri ilânda bulunur, ve bu ilân masrafı bunların malından değil, beytül'mâlden verilir. Çünkü bu gibi kasırlar teberrua ehlî değildirler.

Halbuki mültakit âkil ve bâliğ olunca ilân meûneti kendisine aid olur. Bunu beytül'mâlden isteyib alamaz.

Bir veli, haberdar olduğu halde lukatayı çocuğun elinden almaz da telefine veya itlâfına meydan verirse bunu — taksirinden dolayı — zâmin olur. Fakat haberdar bulunmamış olursa zaman, çocuğun maline teveccüh eder.

Kesbe mezun olmayan rakiklerin iltikatları sahih değildir, meğer ki bunların iltikat ettikleri lukataları malikleri deruhde etsinler, o takdirde mültakit, malikleri sayılır. (Tuhfetül'muhtac ve hâşiyeleri.)

(Hanbeli mezhebine göre de çocuğun veya sefihin bulduğu lukatayı velisi hıfz eder, bunların yerine kaim olur, bir sene tamam olduktan sonra bu lukatayı bulanın mülküne zam eyler.

Kölelerin iltikatları caizdir, çünkü bu iltikat, bir malı ziyandan tahlis demektir, magsub veya mağruk bir malı tahlis gibi. Köleler ise buna ehildirler.

Kölelerin iltikat ettikleri lukatalara bir sene ilân müddeti tamam olunca malikleri malik olur. Çünkü bu iltikat, kölenin bir kesbi demektir, kölenin kesbi ise malikine aiddir.

Zimmîlerin iltikatları da caizdir. Binaenaleyh bunlar da bir sene ilândan sonra iltikat etmiş oldukları lukatalara malik olurlar. (Keşşafül'kına, Elmuğnî.)

LUKATALARA AİD BAZI İDDİALAR, BEYYİNELER :

135 — : Bir kimse: «Ben filân yerde bulduğum bir lukatayı sahibine vermek üzere işhadda bulunmuş idim, elimde zayi oldu.» diye iddia, sahibi de: «Hayır, o lukata değildi, onu ben sonra alayım diye kendi elimle oraya bırakmışdım.» diye iddia eylese bakılır, eğer o şeyin bulunduğu yer bir yol ise, veya kurbinde kimse bulunmayan bir mahal ise söz, o kimsenindir. Binaenaleyh ziya iddiası yeminiyle tasdik olunur.

136 — : Bir kimse: «Ben filân şeyi lukata olarak buldum, aldım, sahibine reddetmek üzere saklamakda iken zayi oldu.» diye iddia, sahibi ise: «Sen, benim o malımı gasben aldın.» veya «Hanemden aldın.» diye dâva etse o kimse zâmin olur.

137 — : Bir kimse satın aldığı bir hane içinde bir mikdar para bulsa bu lukata mesabesinde olur, fakat bâyi, bunun kendisine aidiyyetini iddia ederse kendisine reddi lâzım gelir.

138 — : Bir müslimin elinde bulunan bir lukataya bir kimse sahip çıkıp da buna iki gayri müslim şahid ikame edecek olsa şahadetleri kabul edilmez. Fakat bir gayri müslimin elindeki bir lukataya dair iki gayri müslim şahid ikame edilse şahadetleri istihsanen kabul edilir.

Bir müslim ile bir gayri müslim elindeki bir lukata hakkında böyle iki gayri müslim şahid ikame edilse şahadetleri yalnız gayri müslim hakkında istihsanen kabul edilir, anın elindeki lukata ile hükm olunur.

139 — : Bir mültakit, zayi etmiş olduğu lukatayı başka birisinin elinde bulsa andan bil'muhakeme almaya müstahik olmaz, çünkü bu lukatayı almak hususunda ikisi müsavidir.

Fakat bir kimse, lukatayı mültakitin elinden çeker alırsa mültakit, bunu istirdada müstahik olur. Çünkü bunun bîhasebizzâhir başka müstahikki yokdur.

Bu meseleler, Hanefiyeye göredir.

(Hanbelî mezhebine nazaran bir kimse, bir mültakitın zayi ettiği bir lukatayı bulacak olsa bunu mültakite iade etmesi lâzım gelir. Çünkü bu birinci mültakitın temevvül hakkı, ilân ve muhafaza velâyeti sâbit olmuştur.

Fakat ikinci mültakit, birinci mültakiti bilmeyib de lukatayı bir se ne müddetle ilân ederse buna malik olur. Çünkü kendisine sebebi mülk, bigayri udvânın sâbit olmuş bulunur. Artık birinci mültakit, bunu amn elinden nez'edemez. Kendisinin yalnız bir temellük hakkı var idi, mülk ise hakk-ı temellükden mükaddemdir. Bu halde lukata sahibi zuhur ederse bunu ikinci mültakitden alır, ikinci mültakitden isteyemez, çünkü anın bir tefriti yokdur. (Elmuğnî, Keşşafül'kına.)

LUKATA MESABESİNDE OLAB OLMAYAN BAZI ŞEYLER :

140 — : Ehlî olduğu anlaşılan her türlü hayvanlar hakkında lukata hükmü cereyan eder.

Meselâ: Bir kimse ayaklarında çan bulunan bir doğan kuşunu, veya boymunda kılâdesi — Gerdanlığı bulunan bir ceylânı bir köy veya şehir civarında yakalayacak olsa sahibine vermek üzere işhad ve ilân etmesi lâzım gelir, çünkü çan ve kılâde bu hayvanların ehlî olduğuna delildir.

141 — : Biri kimsenin yapmış olduğu güvercinliklere başkalarının ehli güvercinleri gelib kendisinin güvercinlerine karışacak olsa bunları tutub alması muvafık olmaz, belki arayıp sahiblerine vermesi lâzım gelir.

Bu güvercinler, burada yavrulayacak olunca bakılır: Eğer anaları garib güvercinler ise bu yavrulara taarruz olunmaz, haklarında lukata hükmü cereyan eder, fakat anaları güvercinlik sahibine aid olub babaları garib güvercinler ise bunlar güvercinlik sahibine aid bulunur, çünkü kuşlar analarına tâbidirler.

142 — : Bir kimsenin ağına sahipsiz bir kuş düşse, veya kabının içinde yağmur suları birikse veya kucağına bir velime münasebetiyle serpilen paralar, şekerlemeler düşse veya arsasına gübre gibi şeyler atılsa bakılır: Eğer o kimse bunları ihraz etmek üzere ağını ve saireyi vaz' ve ihzar etmiş ise bunlara temellük etmiş olur, başkalarının bunları almaları caiz olmaz, fakat böyle bir maksadla vaz' ve ihzar etmemiş ise bunları başkaları da birer lukata veya ihrazı mübah eşya mesabesinde olarak alabilirler. Bunlar «Bir işden maksad ne ise hükm ana göredir.» kaidesine teferru eden meselelerdendir.

143 — : Bir kimse bir malı bir yere atıp, «Bunu kim isterse alsın.» demiş olsa bundan haberdar olanlar o malı alabilirler. Çünkü bu bir hibe demektir, kabz ile tamam olur, vâkıa mevhubünlehd bidayeten meçhul ise de bu cehalet, münazaaya müfzi olmaz.

144 — : Tesbib edilen, yani: Başiboş bırakılan bir hayvanı, meselâ ölüme mahkûm, zaif bir beygiri bir kimse alıp islâh etdikden sonra sahibi zuhur edib almak istese bakılır: Eğer tesbib zamanında: «Kim alırsa alsın, kendisinin olsun.» dememiş ise alabilir, ve illâ alamaz.

145 — : Garibüddiyar bir kimse, fakir bir şahsın hanesinde vefat edib de vârisi marufu bulunmadığı halde dört beş dirhem gibi cüz'i bir mal terk etse bu malı o şahs, kendi nefsine tesadduk edebilir. Çünkü bu, lukata mesabesindedir, esbet olan da budur. Fakat diğer bir kavle göre tesadduk edemez, çünkü bu, lukata mesabesinde değildir, vâris bulunmayınca beytül' mâle aid olur.

146 — : Bir kimsenin bir mikdar bir borcu veya nezdinde emanet olarak bir mikdar eşya veya elinde haksız yere bir mikdar mal bulunsa da bunların müstahiklerini arayıp bulmaktan kendisine yeis hâsıl olsa bunları tesadduk etmesi lâzım gelir.

Bunları böyle tesadduk edib haksızlığından dolayı da bir nedamet duygusuyla tâib olunca kendisinden uhrevî mes'uliyet sâkit olacağı ümid olunur. Fakat bunun dünyevî mutalebe hakkı sâkit olmaz. Binaenaleyh sahipleri zuhur edince bunları isteyib alabilirler.

147 — : Yolda düşmüş uyumuş, zâhibül'akl bir sarhoşun yola düşmüş elbisesini, bilâhare kendisine vermek üzere bir kimse alacak olsa da taaddisi olmaksızın elinde zayi olsa bunu zâmin olmaz, çünkü bu elbise, bir lukata mesabesinde dir.

Fakat zayi olmasından korkarak elbisesini başının altından, veya yüzüğünü parmağından veya kesesini koynundan alacak olsa zâmin olur, çünkü bunlar, lukata değil, sahibinin yanında mahfuzdur.

148 — : Yola atılmış ölü bir koyunun yünlerini almak, veya derisini soyub dibağat etmek caizdir. Fakat bilâhare sahibi gelib deriyi almak isterse — dibağat sebebiyle kıymetce husûle gelen farkı vermek şartıyla — bunu alabilir.

149 — : Bir bostandan sebzeler alındıktan, meselâ: Bir karpuz tarlasından karpuzlar devşirildikten sonra bir mikdar karpuz kalmış olsa bakılır: Eğer sahibi, dileyenlerin almaları için bırakmış ise bunları nâsin ihtibab etmeleri caiz olur.

150 — : Tarlalarda, bağlarda müteferrik suretde bırakılıb sahipleri tarafından aranılması mütad bulunmayan başaklar ve saire tafih kabilinden ehemmiyetsiz lukatalar demektir. Bunların hakkında işhad ve ilân lâzım gelmez, bunları bulanlar, bunlardan derhal istifade edebilirler. Şu kadar var ki, bunları toplanıldıktan sonra sahibi gelib mültahtinin elinden alabilir. Çünkü bunlar iltikat ile mültahtin mülkü olmuş olmaz.

Kezalik: Irmaklarda bulunan elma, ayva gibi meyvalardan, ve sular ile akıp gelen ve kereste kabilinden olmayan odun parçalarından derhal intifa caizdir, velevki mikdarları ziyade olsun.

151 — : Makberlerde bulunan şahibsiz kuru ağaçlardan ihtitab caizdir, fakat yaş ağaçlardan ihtitab mekruhdur.

152 — : Bir kimsenin bir malı, meselâ: Baş örtüsü, veya ayakkabıları değiştirilecek olsa bakılır: Eğer bunun bir yanlışlık neticesi olduğu karainihâle nazaran anlaşılırsa bırakılan baş örtüsü veya ayakkabı lukata hükümünde olur. Sahibini araştırmak lâzım gelir. Alınan baş örtüsü veya ayak kabı, bırakılandan daha kıymetli olsun olmasın müsavidir. Kasden alınan

alınmadığında iştibah vâki olduğu takdirde de hükm böyledir.

Fakat bir kimsenin böyle bir malı, meselâ ayakkabıları kasden çalınıb yerine andan kıymetce noksan bir ayakkabı bırakılsa bu bırakılan ayakkabıdan istifade etmesi caiz olur. (Mebsût, Bedâ'î, Fethül'kadir, Bahrirâik.)

(Malikî'lere göre bir kimse, fîfada = Yani büyük bir sahrada bulduğu sahipsiz bir koyunu kesib etini yiyebilir, kavli meşhure göre bedelini de zâmin olmaz. Fakat bu koyunu veya kesib etini umrane getirecek olursa buna — nakl ücretini vermek suretiyle — sahibi ehak olur.

Umranda veya umran civarında bulunan veya sahrada elde edilip de diri olarak umrana getirilen koyun ve emsâli hakkında tam lukata ahkâmı cereyan eder.

Kezalik sahrada bulunub da aclıktan veya yırtıcı hayvanların tasallutundan veya oradan mürur edecek kimselerin hiyanetinden dolayı telefinden korkulan sığır hayvanları hakkında da lukata ahkâmı cereyan eder. Şu kadar var ki böyle bir hayvanın etini umrana suhuletle sevk etmek mümkün olunca bunu mültakit yiyemez. Korkulamayacak bir mahalde bulunan sığır hayvanları ise esasen iltikat edilmez, hali üzere bırakılırlar. (Minehül'celîl, Şerh-i Kebir, Hâşiye-i Düsûkî).

(Şafîî'lere göre bir müslimin darı harbde bulduğu bir mal hakkında bakılır, eğer o müslim oraya eman ile = Bir müsaade ile girmiş ise veya orada sair müslümanlar da bulunmakta ise o mal lukatadır. Fakat oraya aman ile girmemiş ve orada sair müslümanlar da bulunmamış olursa ganimiden sayılır. (Tuhfetül'muhtac).

(Aşağıdaki meseleler de Hanbeli mezhebine aiddir):

(1) — : Bir kimse bir lukatayı darı harbde İslâm ordusu arasında bulacak olursa bulduğu tarihten itibaren bir sene ilân eder, bâdehû taksim edilecek ganimet en-zâline reddedilir.

Fakat bir kimse bir mal ile girmiş olduğu bir darı harbde bir lukata bulursa onu orada ilân etmesi muvafık olur. Çünkü onların malları kendisine haramdır. Şâyed ilân etmezse o mala darı islâmda malik olduğu vechile malik olur.

Şâyed darı harbe mütelessis olarak girer de bir lukata elde ederse bunu darı islâmda ilân eder, sonra mali ganimet hükmünde olur. Bir ihtimâle göre de bu malı alması caiz olur, mâna muhtac olmaz. Çünkü ehli harbin malı bir darı harbe kendisine mübah bulunmuşdur, zâhir olan ise bu malın ehli harbe ait olmasıdır.

(2) — : Bir kimsenin bir mehlekeye terk ettiği bir hayvanı başka biri alarak yedirse, içirse, mehleketen kurtarsa ana malik olur. Ebülleysin kavli de böyledir.

Fakat bilâhare gelibre almak üzere terk edilmiş ise buna, bulan malik olamaz.

(3) — : Bir kimse, bir mehlekeye bırakılmış, meselâ hayvan üzerin-

de terk edilmiş emtia kabilinden bir malı kurtarmakla ana malik olamaz. Çünkü bu malın telefinden korkulmaz. Hayvan yemez, içmezse ölür, emtia ise böyle değildir, sahibinin avdetine kadar kalabilir.

(4) — : Bir kimse bir sene kadar mevcudiyetini muhafaza edemeyecek bir şeyi iltikat edince bakılır: Eğer bu bir ilâç suretiyle de bâki kalmayacak şeylerden ise mültakit, muhayyerdır: Dilerse bunları yer, dilerse satar semenini saklar. Bunları aynen saklayamaz, çünkü sonra telef olur. Karpuz, kavun, hiyar ve yaş sebzeler gibi.

Mültakit, bunları yerse kıymetleri zimmetinde borc olur. Satmak isterse bizzat satabilir. İmam Ahmed Hazretlerinden bir kavle göre bunlar az bir şey ise bizzat satabilir, çok ise veliyyül'emre tevdi eder.

Fakat bu iltikat edilen şeyler, bir ilâç ile, meselâ usûlen kurudulmak suretiyle muhafaza edilebilecek şeylerden ise sahibi hakkında en faideli olan cihet iltizam edilir, şöyle ki: Sahibi hakkında ibkası nafi' ise ibka edilir, satılması nafi' ise satılır, satılması müteazzir, kurudulması da gayri mümkün olduğu takdirde de yenilir, yaş üzüm, incir ve saire gibi. Diğer bir kavle göre de bunları mültakit, yiyemez, ya satar, ya tesadduk eder, sonra sahibi gelince zâmin olur.

(5) — : Bir kimse avladığı ceylânın boynunda kılâde veya kulağında küpe veya bu gibi başkasının sübût-i yedine delâlet eder bir şey bulunsa hakkında lukata hükmü cereyan eder.

(6) — : Bir kimse bir balık avlasa da içerisinden — işlenmemiş — bir inci danesi veya anbere çıksa kendisine aid olur. Çünkü bunlar denizde bulunur.

Sayyad, avladığı balığı satarsa da içerisindeki inciye müşteri bulacak olsa bu inci sayyada aid olur: Nitekim bir hanede medfun olan mal da hanenin bâyiine aid olur, müşterisine aid olmaz.

Fakat balığın içerisinden dirhem, dinar veya işlenmiş, yani üzerinde eseri âdemi bulunan bir inci çıkacak olsa bu lukata olmuş olur. Çünkü bunlar bu vechile denizde hıkkî olarak bulunmaz. Binaenaleyh bunları müşteri bulunca ilân vazifesi kendisine teveccüh eder, çünkü bunları bulan odur.

Nehirlerde tutulan balıkların karnından çıkan inci ve saire hakkında da lukata hükmü cereyan eder, çünkü âdete nazaran bu gibi şeyler hıkkî olarak nehirlerde bulunmaz.

Deniz sahilinde bulunan anbere de bulana aiddir. Çünkü bunu denizin sahile atmış olması mümkündür. Binaenaleyh mübahatül'ahz bulunmuş olur.

(7) — : Bir hanenin sahibile sâkini o hanede medfun olan bir mal hakkında münazaa ederek, «Onu ben defnetdim.» diye her biri malikiyet iddiasında bulunsa, medfun olan malın neden ibaret olduğu kendilerine sorulur, herhangi biri vafasını beyan ederse ana aid olur.

(8) — : Bir kimse hammam ve saire gibi bir yerde elbisesinin ve ayakkabılarının yerinde başka elbise veya ayakkabı bulsa veya elbisesi çalınıb da yerinde başkasını bulsa bunları alamaz. Alacak olursa bir sene ilân eder, sonra tesadduk eder. Çünkü bunları sahibile bunları bulan kimse arasında bir muaveze muâmeseli cereyan etmemiştir.

Maamafih bu meselede bir ihtimâl olarak üç vech, dermeyan edilmektedir. Şöyle ki: Eğer sirkate bir karine bulunur ve alınan elbise ve saire bırakılan elbise ve saireden kıymetli olursa bu bırakılanlar bir veche göre tesadduk edilir, diğer bir veche göre bunları almak mübah olur, çünkü zâhîrihâle nazaran sahibi bunun için bırakmıştır, üçüncü bir veche göre de bunlar hâkime ref'edilir, tâ ki satılarak semeninden alınan şeyin bedeli verilsin. İkinci vech, nâsın ahvaline evfak görülmüştür.

(9) — : Uyumuş veya bayılmış bir kimse, ayıldığı zaman elbisesi arasında veya kesesi içinde — kimin tarafından konulduğunu bilmediği — bir mal bulsa buna malik olur. İlâna lüzum görülmez. Çünkü hal karinesi, o malın kendisine temlik edildiğini iktiza eder. (Elmuğnî, Keşşafül'kına, Neylül'meârib.)

Yirmi Üçüncü Kitabın Sonu



YİRMİ DÖRDÜNCÜ KİTAP

HACR İLE İZNE VE İKRAHE DAİR OLUB BİR MUKADDİME İLE İKİ BÖLÜME AYRILMIŞDIR.

M U K A D D İ M E

HACRE, İZNE, İKRAHE AİD İSTİLAHLAR :

1 — (Hacr) : Lûgatde mutlaka men' mânasınadır. Tazyik, haram mâ nasına da gelir. Akle de hacr denilmiştir, çünkü sahibini çirkin ve âkıbeti muzir şeylerden men'eder. İstilahda «Bir muayyen şahsı tasarruf-ı kavli-sinden men'etmektir» ki o şahsa bu hacrden sonra «Mehcur» denir.

Tasarruf-ı kavli'den men, o tasarrufu hükümsüz, gayri sâbit ve gayri nafiz addetmek demektir.

Hacr, fiilde carî değildir. Çünkü bir fiilin vukuundan sonra reddi mümkün olmaz ki ondan hacr tasavvur olunsun. Hicr de bu mânayadır.

2 — (Hacr-i kaviy) : Bir şahsı asl-i tasarrufdan men' demektir ki, o tasarruf asla nafiz olmaz. Mecnun-i mutbiki, gayri mümeyyiz çocuğu beyi, icar, nikâh, talâk, ikrar hibe gibi tasarrufatı kaliyyeden men' gibi. Bunların bu tasarrufları asla sâbit olmaz.

3 — (Hacr-i mütevessit) : Bir şahsın tasarrüfi kavlisini vasfı, yani: Nefazı itibariyle men'etmektedir. Ma'tuhun, mümeyyiz çocuğun nef' ile zarar beyninde dair olan tasarrufı kavliileri gibi ki bunlar, velilerinin izinleri munzem olmadıkca nafiz olmaz.

4 — (Hacr-i zaif) : Bir şahsın tasarruf-ı kavlisinin vasfının vasfını, yani: Nefazının fil'hâl tahakkukunu men'etmektir. Mehcur olan medyûnun başkasına borç ikrarının hal-i hacrinde nefazını men' gibi ki, bu ikrarı bilâhare hacri fek edilince zimmetine taallûk etmiş olarak mutebe olur.

5 — (Fekk-i hacr) : Hacri izâle etmek, mehcur mezuniyyet vermek, mehcurun tasarrufatına müsaade etmektir.

6 — (İzn) : Lûgatde mutlaka itlâk — Salıvermek mânasınadır. İba-haye, müsaadeye, ilâma, fekk-i hacre de izin denilir. İstilahda bir şahs hakkındaki hacri fekketmek, meni' hakkını iskat eylemek, tasarrufatda bulunmasına müsaade vermek demektir. Kendisine böyle izin verilen şahsa da «Mezun» denilir ki «Mezunünleh» demektir.

Bu izn, İmam Züfer ile İmam Şafii'ye göre tevkildir, inâbedir.

7 — (Sağır) : Sabiy, yani: Henüz bülûğ çağına ermemiş çocuk demektir. Mümeyyiz ve gayri mümeyyiz kısımlarına ayrılır: Şöyle ki: «Sağır-i mümeyyiz» alış verişini anlayan, yani: Satmanın mülkü izâle ettiğini, satın almanın da mülkü calib olduğunu bilen ve onda beş aldanmak gibi gabni fâhiş olduğu zâhir ve herkesce malûm olan bir gabni, gabni yesirden ayırabilen çocuktur. «Sağır-i gayri mümeyyiz» işe satışını sâlib, satın almanın calib olduğunu bilmeyen, gabni fâhişi gabni yesirden temyiz ve tefrika kâdir bulunmayan çocuk demektir.

8 — : (Ma'tuh) : Şuûru muhtel olan kimsedir ki, fehmi az, lâkırdısı karışık, tedbiri bozuk olur. Böyle bir hâle «Eteh — Bunaklık» denir ki, aklın noksanlığından ibaretdir. Şu kadar var ki matuh, onun bunun hakkında mecnun gibi darb ve şetimde bulunmaz.

9 — (Mecnun) : Deli demektir. İki kısıma ayrılır. Biri (Mecnun-i müt-bik) dir ki, deliliği en az bir ay içinde ve diğer bir kavle göre bir sene içinde bütün vakitlerini kaplamış bulunur, cinneti bilâ fasıla devam eder. Diğeri «Mecnun-i gayri müt-bik» dir ki, bir ay veya bir sene içinde bazen deli olub bazen de ifakat bulan kimsedir, deliliği bilâ fasıla temadi etmez.

10 — (Mutbik) : İtbâk kelimesinden mehuzdur. Bir şeyi tamamen örtüb kaplayan, bir şeyden asla ayrılmayan şey demektir. Bu cihetle sahibinden ayrılmayan bir cinnete «Cünun-i mutbik», vakit vakit ayrılan cinnete de «Cünun-i gayri mutbik» denilmiştir. Hümayı mutbika, hümayı gayri mutbika tâbirleri de bu kabildendir.

Cünun-i mutbikın müddeti, İmam Ebû Yüsûf'den bir rivayete göre senenin ekserisine şâmil olan, tedavül eden cünundur. Diğer bir rivayete göre bir gün bir geceden ekser olan cinnetdir. Çünkü bu kadar uzayan bir cinnet ile kaza-i salât sâkit olur. Diğer bir rivayete göre de tam bir aydır. İmamı Azam'ın bir kavli de böyledir. İmam Muhammed'den bir rivayete göre bir aydan az devam eden bir cinnet, uzun bir cünun sayılmaz. Nitekim bir kimse borcunu âcilen veya ankarib ödeyeceğine yemin etse bir aydan evvel ödeyince yemininde barr, bir aydan sonra ödeyince hânis olur. Ve bir ayı kaplayan bir cünun ile o aya rastlayan ramazanı şerif orucu sâkit olur. Bundan noksanı ise böyle değildir. Maamafih İmam Muhammed'den diğer bir kavle göre bu müddet tam bir senedir. İmamı Azam'ın bir kavli de böyledir. Çünkü bu kadar uzayan bircinnet ile zekât ve saire gibi bütün ibadetler sâkit olur. Bir de böyle füsûlî erbaayı cami bir müddet içinde ifakat bulmayınca bunun asıl akılda bir âfet olduğu bilinmiş, mecnunun cinneti tekarrür etmiş olur. Binaenaleyh tasarrufatda muhtar olan da İmam Muhammed'in bu kavlidir. (Mebûât, Mecmaül'enhür.)

11 — (Sefih) : Malını beyhûde, faidesiz yere sarf ve masraflarında israf ve tebzir ile mâmelekinin itlâf ve izaâ eden kimsedir. Bu hale sefeh, sefahet denir. Sefihin cem'i süfihadır. Havasına uyub şer'i şerifin ahkâmı mucebince amel etmeyen kimse de süfihadan sayılır.

Ebleh ve sâde dil olmak yüzünden kazanç yolunu bilemeyib alış verişlerinde aldanan kimse de sefih demektir.

Mâlini şer uğrunda ibzâl eden bir şahs, hacr edileceği gibi bütün emvâlini hayra sarf edib de fakir, sıfır'l'yed kalacak kimse de hacr edilebilir.

12 — (İsraf) : Bir şeyi lâîk olan mahalde münasib olan miktardan ziyade sarf etmektir. Sahibine «Müsrif» denir.

13 — (Tebzir) : Bir şeyi lâîk olmayan mahalde sarf etmektir. Sahibine «Mübezzir» denir.

14 — (Dâln) : Alacaklı, bir vâde ile alacak sahibi, bir kimsenin zimmetinde alacağı olan şahs demektir. Buna «Garım» de denir. Cem'i «Gurema» dır.

«Medyûn» da borçlu, ödünç almış kimsedir ki, buna «Medin» de denir. Borc vermeye «İdâne» borc edinmeğe de «İstidâne» denilir. «Müdayene» de karşılıklı borc edinmek, birbirine borc para vermek yerinde müstameldir.

«Deyn» için üçüncü kitaba müracaat'.

15 — (Maraz-i mevt) : Hastayı zayıf düşürüb kendisinde ölüm korkusu bulunan maraz demektir ki araya sihhat girmeden mevte müncer olur.

16 — (Mümatale) : Borcu, borcun vâdesini bugün yarın diye uzatıp tehire bırakmaktır. Böyle hareket eden bir borçluya «Medyûni mûmatil» denir. Borcunu edaya müktedir olduğu halde tehir edib duran kimse demektir.

Metâl de bir şeyi, meselâ borcu uzatıp durmaktır ki, bir zarûrete mebnî olmayınca zulm sayılır.

17 — (İflâs) : Bir kimsenin malı tükenib muhtac olması, emvâlinin fülûse, yani pula, mangıra tehavvül ederek sıfır'l'yed kalması demektir. Böyle bir şahsa «Müflis» denir. Bir şahsın iflâsına hâkim tarafından hükm verilmesine de «teflis» denir. «Fels» pul, mangır, kıymetsiz paradır. Cem'i «Fülus» dır.

18 — (Rüşd) : Dîn ve dünya selâhıdır, dîne ve dünyaya zarar verib vermeyecek şeyleri bilmektir. Hakka, Kur'ana da «Rüşd» denir. «Reşed» de hayır, rahmet, hidayet demektir. «Reşad» da kuvvetli akıl sahibi olmaktır. Mâlini muhafaza hususunda tekayyüd ederek sefahatden, israf-dan kaçınan kimseye «Reşid» denir. Umurunu güzelce idareye muktedir

suretde bâliğ olan kimse de «Reşîd» namını alır.

19 — (İkrah) : Lûgatde bir kimseyi istemediği bir sözü söylemeğe veya bir işi yapmağa zorlamaktır. Istılahda bir kimseyi tehdid ile, ihafe ile rızası olmaksızın bir sözü söylemeğe veya bir işi işlemeğe haksız yere sevk etmektir. Kendisine böyle cebr edilen kimseye «Mükreh» cebr edilen şeye «Mükrehünaleyh», mükrehin korkmasını mucib, rızasını sâlib olan şeye de «Mükrehünbih» denir. İkrahda bulunan şahsa da «Mükrih», «Mücbir» denir.

20 — (İkrah-i mülcî) : Nefsi itlâf, uzvu katı' veya bunlardan birine müeddi olacak şiddetli darb ile yapılan ikrahdır ki, mükrehin rızasını izâle, ihtiyarını ifsâd eder. Maamafih asıl ihtiyarı yine sâbit bulunur.

21 — (İkrah-i gayri mülcî) : Nefsi itlâf, uzvu kat'a müeddi olmayıb yalnız gam ve elemi mucib olacak derecedeki darb ve habs gibi şeyler ile yapılan ikrahdır ki, mükrehin rızasını izâle ederse de ihtiyarını ifsâda müeddi olmaz.

22 — (Cebr = İcbar) : İkrah demektir. Cebr edene «Mücbir» denir. Tahtı velâyetindeki kimseler hakkında istesinler, istemesinler tasarrufu nâfiz olan veliye «Veliyyi mücbir» denir.

Kahir, galib, mütekebbir kimseye «Cebbar» denilir. «Cübar» da heder olmak, tazmini lâzım gelmeksizin telef olmak mânasınadır. «Cebr» lâfzı ıslah, telâfi mânasına da gelir. Nitekim «Cebr-i mafat» denir.

Cebrin mukabili, ihtiyardır, kerahatin mukabili de rızadır.

23 — (İlca) : Sevk etmek, bir şeyi yapmaya icbar etmek. Bir takım hâdiselerin vukuuna sâik olan şeylere «İlcaâtı zemâne» denir.

(B İ R İ N C İ B Ö L Ü M)

HACRE VE İZNE MÜTEALLİK MESELELERİ MUHTEVİDİR

İÇİNDEKİLER : Hacrin sebepleri ve mehcurların kısımları Çocuklara, mecnunlara ve matuhlara aid, izne müteallik meseleler. Hacerdiler medyunlara ve müflislere aid meseleler. Medyunların haps edilib edilememesi. Maraz-i mevtin mahiyyeti ve şeraiti. Maraz-i mevt halindeki tasarrufların hükmleri. Hacrin hikmet-i teşriyyesi.

HACRİN ESBABI VE MEHCURLARIN AKSAMI :

24 — : Hacrin sebepleri sebavet, cinnet, eteh, rık, deyn, belâhet, sefeh, zarar-i âmmeden ibaret olmak üzere yedidir.

Mehcurlar da iki kısımdır. Bir kısmı, zaten mehcür olanlardır ki, bunlar çocuklar, mecnunlar, matuhlar, rakiklerdir. Maraz-i mevt halinde bulunan kimse de bu kısma dahildir ki, bunun mehcuriyeti maraz-i mevt ile mukayyedir.

Diğer kısmı da hâkimin hükmiyle mehcür olanlardır ki, bunlara medyunlar, eblehler, sefihler, cahil tabibler, müflis mükâtiler ve mâcin, yani nâsa bâtil hileler talim etmek suretiyle fetva veren kimselerdir.

Maamafih bu mesele, imameyne göredir. İmamı Azam'a göre borç, sefeh, eblehlik, esbabı hacrren değildir. Bunların hür, bâliğ olan sahibleri tasarrufatı hukukıyyeden hacr edilemez. Bu hacr onların hürriyetine, mükellefiyyetine münafi, şerefi insaniyyete muhalifdir.

25 — : Çocuklar, mümeyyiz olsunlar olmasınlar zaten mehcurdurlar. Mecnunlar da cinnetleri gerek cünuni mutbik ve gerek cünuni gayri mutbik olsun hali cinnetlerinde zaten mehcurdurlar. Matuhlar ile rakikler de zaten mehcurdurlar. Binaenaleyh bunların hacri hâkimin hükmüne mütevakkıf değildir. Bunların âtiyen beyan olunacağı vechile bir kısım tasarrufatı ya bâtil veya velilerinin iznine mütevakkıf olarak gayri nâfiz bulunur. (Hindiyye, Surretü'l'fetavâ).

26 — : Hâkim tarafından hacr edilmesine lüzum görülen medyûnun veya sefihin hacrine hükm esnasında kendisinin hazır bulunması şart değildir, gıyabında da hacri sahihtir. Şu kadar var ki, hacrini haber alınca ya kadar vâki olan tasarrufatı kavliyyesi, meselâ bey'i ve şırası, başkasına borç ikrarı muteber olur. (Hindiyye).

27 — : Cahil olan tabib, mâcin olan müfti ve müflis olan mükâri gibi âmmeye zararı dokunan kimseler, zarar-i âmmeyi def' için tababetden iftadan, muamelâtı nakiliyyeden hacr ve men' olunurlar. Fakat bunların bu hacri bir emr-i idarîdir ve mahdud bir sahaya münhasirrir. Yoksa bunların tasarrufatı kavliyyeleri muteberdir, bunlar bu tasarrufatdan men' olunmazlar. (Mecmaül'enhür).

28 — : Cahil olan tabibden maksad, nâsı bilerek bilmeyerek mühlik ilâçlar ile tedaviye kalkışan, yüz gösteren tehlikenin zararını izâleye kâdir olmayan mütetabbib kimselerdir.

Müfti-i mâcinden maksad da nâsa müctehidin-i kiramın kâil olmadığı bir takım bâtil hileleri öğreten, bilmediği hâlde fetvâ vermeğe cür'et eden mübalâtsiz kimserir.

Mükâriyi müflisden maksad da kendisinin muntazam vesaiti nakliyyesi ve parası olmadığı halde yolcuların naklini deruhde eden ve nakil zamanı gelince saklanarak yolcuları aldatan kimsedir.

29 — : Öteden beri veya bilâhare fâsık olan kimse, malini israf ve tebzir etmedikce mücerred fıskından dolayı hacr edilemez. Bu hususda fısk-ı aslı ile fısk-ı târî müsavidir, yani: Bülûğundan evvel ve sonra fâsık olan ile bülûğundan evvel âdil olup bülûğundan sonra fâsık olmaya başlayan kimse arasında bu bakımdan bir fark yoktur. (Tatarhaniyye).

30 — : Bir kimsenin meşru suretdeki mesaisi, başkalarının kazancına mâni olsa da hakkında esbab-i hacrden olamaz.

Binaenaleyh bir çarşıda san'at veya ticaret icra eden kimse, o san'at veya ticaret erbabının kâr ve kesblerine hâlel gelmesi iddialarına binaen icra ettiği san'atdan veya ticaretden hacr ve men' edilemez. Çünkü bir zarar-ı hassı def' için diğer bir zarar-ı has ihtiyar edilemez. (Mecelle, Tenkih-i Hâmidî).

31 — : Sefih olan kimseler, imameyne göre hâkim tarafından hacr olunabileceği gibi medyun olanlar da yine imameyne göre alacaklıların talebiyle hâkim tarafından hacr olunabilir. Müftabih olan da budur. Fakat bunlar zaten mehcür olmadıkları cihetle kablelhacr tasarrufları sahih olur.

32 — : Sefih veya medyun hâkim tarafından hacr edilince bu hacrin sebebi hâkim tarafından nâsa beyan ile ihtiyaten işhad ve münasib vasıtalarla keyfiyyet ilân olunur. Tâ ki nâs bunlar ile ona göre muamelede bulunsun ve hacri inkâr takdirinde isbât kabil olsun. İmam Muhammed'e göre sefehden dolayı hacr, hâkimin hükmüne tevakkuf etmez. (Hindiyye Zâhire).

33 — : Hacrden sonra sefihin mehcურიyyeti, hem vakt-i hacrindeki, hem de sonradan eline geçecek emvâline tesir eder. Bu hacrden sonra tasarrufatı kavliyyesi nâfiz olmayacağı gibi bir kimseye borclu olduğunu ikrar etmesi de sahih olmaz.

Borcundan dolayı hacr edilen kimsenin mehcურიyyeti ise yalnız vakt-i hacrinde mevcui olan mallarına tesir eder, hacrden sonra eline geçecek mallarına tesir etmez. Binaenaleyh hali hacrinde başkasına bir borc ikrar etse bununla fekk-i hacrden sonra muahaze olunur. (Hindiyye).

34 — : Tasarrufatı kavliyye, üç nevidir. Birincisi: Nef-i mahz olan tasarrufatdır. Hibeyi, sadakayı kabul gibi. Mümeyyiz olan bir çocuğun veya bir matuhun veya bir sefihin bu gibi tasarrufatı muteberdir, başkasının iznine mütevakkıf bulunmaz.

İkincisi: Zarar-ı mahz olan tasarrufatdır. Başkasına bir şey hibe veya tesadduk etmek gibi. Sağır ile matuhun bu kabil tasarrufatı velilerinin izni munzem olsa da bâtıldır.

Üçüncüsü: Nefi' ile zarar beyinde dair olan tasarrufatdır. Beyi ve şıra, borc ikrarı gibi. Sağır-i gayri mümeyyizin bu kabil tasarrufatı da bâtıldır. Sağır-i mümeyyiz ile matuhun bu kabil tasarrufatı ise velilerinin iznine mütevakkıf bulunur, bilâ izin muteber olmaz. Fakat mümeyyiz bir çocuğun veya bir matuhun başkası namına bilvekâle beyi ve şırası muteber olur. (Reddimuhtar.)

35 — : Sağır, matuh, mecnun gibi mehcurların beyi ve şıra gibi feshe muhtemil, hezl ile bâtil olacak tasarrufatı kavliyyeleri muteber olmaz ise de kendi fiillerinden neş'et eden zarar ve ziyanı mehcურიyyetin zevâline intizar olunmaksızın hemen kendi mallarından zâmin olurlar. Çünkü onlar, fiillerinden dolayı bilicmâ mehcur değildirler.

Meselâ: Bir mecnun veya gayri mümeyyiz bir çocuk birinin malını itlâf etse misliyyatdan ise mislini, kıyemiyatdan ise vakt-i itlâfındaki kıymeti onun malından tazmin edilir. Malları yok ise hali yüsrlerine intizar olunur. Yoksa velilerinin kendi mallarından tazmin etmeleri icab etmez.

Bir de mehcur olan sefihlerin, medyunların nikâha, talâka, vücuti zekâta, vücuti hacca, ve ukûbâta aid ikrarları muteber olduğu gibi bunların hacca, fukaraya ve sair hayr cihetlerine aid vasiyyetleri de mallarının sü-lüsünden caiz olur. Bu tasarruflardan bilicmâ hacr edilemezler. Ancak ehl-i hayr ve salâha lâıyk olmayan bir vechile yapacakları vasiyyetleri tenfiz edilmez. Bunların vakıfları da bâtıldır. (İnâye, Dürrümühtar.)

36 — : Mehcur olan çocukların veya mecnunların bir malı istihlâk etmesine sahibi tarafından sebebiyyet verilirse bunlara İmamı Azam ile İmam Muhammed'e göre zaman teveccüh etmez.

Meselâ: Bir kimse bir mecnuna veya bir sabiyyi gayri mümeyyize bir malını satıb veya icar edib veya rehin verib teslim etse veya ikraz, iydâ veya iâre edib teslim etse veya fâsid bir hibe ile veya sermaye-i şirket olarak teslim etse de o da bu malı itlâf eylese üzerine zaman lâzım gelmez. Çünkü o malın sahibi bu teslim ile kendisi taksirde bulunmuştur. Fakat İmam Ebû Yüsûf'e göre zaman lâzım gelir. (Tahtavî, Reddimuhtar)

(Maliki'lere göre de hacrin sebepleri şu yedi şeyden ibaretdir. Sebavet, cinnet sefahet, rık, boredan dolayı iflâs, kendisinde ölüm tehlikesi bulunan maraz, zevcelik. Bunları sırasıyla izah edeceğiz.

(1) : Sebavet. Çocuklar bâliğ oluncaya kadar mehcurdurlar. Erkek çocuk reşid olarak bâliğ olunca serbest kalır, dilediği yere gidebilir. Meğer ki fesâda veya helâke maruz kalacağından korkulsun, o zaman velisi veya vasisi veya sair nâs, kendisini men'edebilirler.

Kız çocuklarının nefsi hakındaki mehcuriyyet ise kocaya varıb zifaf oluncaya ve bâdezzifaf onun hüsn-i tasarrufa malik olduğuna dair en az iki âdil kimsenin şahadetine kadar devam eder. Mallarını hıfza muktedir olup şehavat-i nefsâniyyeleri uğrunda sarf etmeyecekleri bu vechile anlaşılınca malları hakkındaki hacr de bertaraf olur. Şu kadar var ki, bu oğlan ve kız çocukların vasiyeleri var ise onların bu mehcuriyyetlerini şu hud huzurunda fek etmeleri de lâzım gelir. Yani: Vasi, şahidlere hitaben der ki: «Şahid olunuz ki, vesâyetim altında bulunan fülânın veya fülânenin rüşdüne ve malının hıfz edeceğine kanaat ettiğim için onun hacrını fekketdim, tasarrufunu kendisine bıraktım... Kendisine temlik etdim.

(2) : Cinnet. Mecnunlar, mehcurdurlar. Bunların mehcuriyyeti hali ifakatlerine kadar devam eder. Çocukluğundan beri mecnun olan bir şahs, mehcur olmakla velisi babasıdır veya babasının vasisidir. Bülûğundan sonra tecennün eden bir şahs da mehcur olacağından velisi hâkimdir, hâkim bulunmazsa cemaâti müslimindir.

(3) : Sefahat : Sefih olanlar mehcurdurlar. Çocuklarından beri sefih olanların velileri reşid olan babalarıdır, sonra babalarının vasileridir ve bu vasilerin vasileridir. Cedlerinin, amcalarının, kardeşlerinin, validelelerinin velâyetleri yoktur. Meğer ki babaları tarafından vasi tâyin edilmiş olsunlar. Vasilerden sonra da veli hâkimdir.

Bir kimsenin rüşdine veya sefihine, vasiyyetinin sıhhat veya fesâdına, vasiyyetlerin takdim ve tehirine, gaibin evlâd ve iyâlinin nafakaları için malının satılıp satılmamasına, nesebin luhukuna ve adem-i luhukuna, velânın sübût ve adem-i sübûtuna, hüdad ve kısasın icra edilib edilmemesine ve yetimlerin mallarına hükm edecek olan, ancak hâkimler ile onların nâibleridir.

(4) : Rık. Rakikler, tam köle veya cariye olsunlar veya müdebber veya bir vakt için azadlı bulunsunlar nefsi ve az olsun çok olsun malları hususunda maliklerine karşı şer'an mehcurdurlar.

Mübaâz = Vakit vakit rakik olanlar da kendi günlerinde hür gibidirler, efendilerinin günlerinde de mehcurdurlar. Meğer ki efendileri bugünlerde de tasarruflarına izin versinler.

Sarahaten veya zımnen ticaretde bulunmalarına izin verilen rakikler, mehcür sayılmazlar. Hattâ bir nevi ticarete mezun bir rakik, alelilâk ticaretlere mezun olmuş olur.

Bir kölenin kitabete rabtı, ticaretde bulunmasına hükmen izindir.

Bir köle, kendi maliyle değil, mevlâsının maliyle ticaretde bulunub kazancı mevlâsına aid olmak üzere mezun bulunsa bu bir vekâlet sayılır. Bu halde köle, bu mezun olduğu hususun maâdâsında yine mehcurdur.

Ticarete mezun olan rakiki gârimlerinin talebi üzerine ancak hâkim hacr edebilir. O bu hususda hür gibidir, onu maliki veya gârimleri hacr edemez. Zimmetinde sâbit olan borclar, elinde bulunan mallarından alınır, ticarete mezuniyyetinden sonra husûle gelen gallesinden alınamaz ve rakabesinden satılıb alınamaz. Çünkü gârimlerin alacakları onun zimmetine taallûk etmiştir, rakabesine değil.

Fakat ticarete mezun olan rakikin kimseye borcu bulunmazsa, onu tekrar hacr etmek hakkı malikine aiddir, maliki onun mallarını elinden alarak kendisini hacr edebilir, hâkimin hacrine hacet görülmez.

(5) : İflâs. Borcu malından ziyade olan bir kimsenin iflâsına hükm edilerek tasarrufatdan men'i cihetine gidilebilir. Şöyle ki: Bir medyun borcunu tediye den âciz kalınca hâkim tarafından mevcut malları elinden alınarak garimlerine tahsis edilebilir. Buna «Teflis» denir. Medyun bu hükm zamanında hazır bulunmuş olsun olmasın, bu hükm üzerine teberruatden, tasarrufatı fiiliyyeden men' edilmiş olur, müeccel olan borcları da zamanları hulûl etmiş gibi mevcut malından ödenir. Maamafih teflisin şartları şunlardır :

(A) : Garimler, iflâsa hükm edilmesini istemelidirler. Garimlerden bazılarının istemesi de kâfidir, velev ki diğerleri istemesinler.

Medyun kendi iflâsına hükm edilmesini hâkimden talep edemez.

(B) : Borcun zamanı hulûl etmiş olmalıdır. Daha zamanı hulûl etmemiş olan bir borcdan dolayı iflâsa hükm edilemez.

(C) : Medyunun borcu malından ziyade olmalıdır. Malı borcuna müsavı olursa iflâsına hükm edilemez. Meselâ: Bin lira muaccel, bir lira da müeccel borcu olduğu halde malı bin beş yüz lira bulunsa iflâsına hükm edilebilir. Çünkü muaccel borcundan sonra kalan malı müeccel olan borcuna kifâyet etmez.

İbni Muhriz'e göre muaccel borcu verildikten sonra elinde kalan meblâğ ile muamelâtı maliyyede bulunarak müeccel borcunu verebileceği umulursa iflâsına hükm edilmez.

İflâsına hükm edilen medyunun malı elinden alındığı ve malından bir şey saklamadığına yemin ettiği takdirde mahcuriyyeti zâil olur. Vele-

ki fekk-i hacrine hüküm edilmesin.

(6) : Korkunç, kendisinde ölüm tehlikesi bulunan maraz veya bu me-sabede bulunan bir vaziyyet. Şöyle ki: Ehli tıbbın çokca ölüme sebebiyyet vereceğine kani olduğu bir hastalık, hacre sebep olur. Katl edilmek için mahbus olan veya saffı harbde hazır bulunan bir kimse de bu hükmededir.

Hacr edilecek marizler ve emsâli, tedavilerine, meûnetlerine aid sar-fiyyatdan ve muaveze-i maliyyeden men' olunamazlar. Mallarının sülüsün-den zâid olan teberruatdan men' olunurlar. Vakf, nikâh, hulû teberruat kabilindendir. Vasiyyet teberru kabilinden değildir, ondan rücuu sahih-dir, vefatına kadar tevkif edilir. Vefat ederse malının sülüsünden tenfiz edilir.

Teberruatda bulunan böyle bir mariz, ölmez de sihhat bulursa bu te-berruatı emvâlinin tamamından nâfiz olmuş olur.

Marizin muhabatı da o marazından öldüğü takdirde vârisinin gayrisi-ne olunca emvâlinin sülüsünden muteber olur, vârisine muhabatı ise bâ-tıldır. Fakat vefat etmezse yabancıya da vârisine de olan muhabatı emvâ-linin tamamından olarak nâfiz olur.

(7) : Zevciyyet, bir kadın kocasına karşı kısmen mehcurdur. Şöyle ki: Bir hürre-i reşide, bâliğ ve reşid olan zevcine veya sefih olan zevcinin ve-lisine karşı malının sülüsünden ziyadesini teberru hususunda şer'an mehc-urudur. Velevki kocası köle olsun. Çünkü kadının malından madud, ko-casına karşı tecemmülde bulunmasıdır. Kocasının bu tecemmülde hakkı vardır.

Hattâ bir kadın, kefalet tarihiyle olsa da malının sülüsünden ziyade-sini kocasının gayrisine teberru edemez. Kocasını bu teberru imza edebi-leceği gibi bunun tamamını veya bir kısmını red de edebilir.

Bir kadın sülüsü malından ziyadesinin kocasının izni olmaksızın baş-kasına ikraz edib edemeyeceği hakkında ise iki kavî vardır. Ezhar olan, bu-nun da muteber olmamasıdır.

Maamafih bir kadının sülüsü malından zâid olan teberruatı, kocasının tamamen veya kısmen reddine kadar caiz ve çarî bulunur. Hattâ kocası bunu bilmeden kadın vefat etse veya dul kalsa bu teberruatı nâfiz olmuş olur.

Bir kadın, malının sülüsünü teberru etdikden sonra kocasının izni ol-madıkca bir daha teberruatda bulunamaz. Meğer ki aradan bir sene gib ve diğer bir kavle göre altı ay gibi uzunca bir müddet geçsin. O halde ma-lının mütebâki iki sülüsünden bir sülüs mikdarı teberruda bulunabilir Müddetin uzamasına binaen bu mütebâki mikdar, müstakil, kendisinden te-berru yapılmamış bir mal gibi sayılır. (Muhtasar-ı Ebîzîya, Şerh-i Kebîr, Düstûkî.)

(Safii'lere göre de hacr, bir sebab-i hassa mebni bir tasarruf-i hasdan men' demek olub, sabavet, cinnet, sefahet, iflâs, maraz, irtidâd gibi husu-sî sebeblerden neş'et eder ve bu hacrdeki menfaat ve maslahat, ya meh-

cura veya başkalarına aid bulunur. Meselâ: Çocuklar, mecnunlar, mübez-
zirler gibi kendi menfaatleri için, müflisler garimlerin menfaatleri için,
marizler vârislerinin menfaatleri için mürtedler de menfaatlarına men-
faatler hakları için hacr olunurlar. Şöyle ki:

(1) : Sabavet. Çocuklar mehcurdurlar. Bir çocuk gayri reşid olarak bâ-
liğ olsa mehcuriyyeli devam eder. Reşid olarak bâliğ olunca da hacri ken-
diliğinden münfek olur, malı kendisine verilir. Bir kavle göre hâkimin ve-
ya babası gibi velisinin hacri fekketmesi şartdır.

Bir çocuk reşid olduktan sonra malını tebzire başlasa hâkim tarafın-
dan hacredilir. Bir kavle göre de başkasının iadesine muhtac olmaksızın
bu tebziri sebebiyle hacri avdet eder.

Rüşdü, salâhı zâhir olduktan sonra fâsik olsa esah olan kavle göre
hacredilmez. Çünkü selef, fıkdan dolahı kimseyi hacr etmemişlerdir.
Bir çocuğun rüşdü, içtimâî durumlarına göre velisi tarafından tecrü-
be edilir.

Meselâ: Tacir çocuğu alış veriş ile, bunlardaki tutumiyle, ikinci ço-
cuğu ziraatle, ziraat amelesini ücretle istihdam etmesiyle, san'atkâr ço-
cuğu da san'at ve hırfete aid hususlar ile tecrübe edilir. Kız çocukları da
yemek pişirmeleriyle, çorab ve saire dokumalarıyla, libaslarını ve kumaş-
larını güzelce muhafaza edebilmeleriyle tecrübe olunurlar. Esah olan kav-
le göre bu tecrübe zamanı bülûğdan evvelcedir. Bir kavle göre de bülûğ-
dan sonradır.

(2) : Cinnet. Mecnunlar mehcurdurlar. Çocukluğundan beri mecnun
olanın velisi, hal-i sıgarindeki velisidir. Bâdelbülûğ mecnun olanın velisi
de yine çocukluğundaki velisidir. Bir kavle göre de hâkimdir.

Cünûn ile velâyetler ve itibar-ı akvâl münselib olur. Mecnunun kim-
se üzerinde velâyeti olamaz, sözlerine itibar olunmaz.

Mecnunun rüşdi ifakat bulmasıyla mürtefi olur. Rüşd ise dîn ve mal-
ca salâh-ı hâldir.

(3) : Sefahet. Sefih olanlar hacredilirler. Bülûğdan sonra âriz olan se-
fehinden dolayı hacretmek selâhiyyeti hâkime aiddir. Bir kavle göre de
çocukluğunda velisi kim ise onun tarafından hacredilir.

Sefehinden dolayı mehcür olanın muztar bulunduğu taamında baş-
ka alış verişi, ıvaz mukabilinde de olsa itakı, hibesi sahih olmaz.

Binaenaleyh bir malı işтира veya istikraz suretiyle kabz edib de itlâf
etse veya elinde telef olsa kendisine ne hâllen ve ne de fekki hacrinden
sonra zaman lâzım gelmez. Kendişiyle muamelede bulunan şahs, bunun bu
mehcuriyyetini gerek bilmiş olsun ve gerek olmasın. Çünkü kendisi tec-
rübede bulunmadığı halde malını kabza teslit ettiği cihetle kusurda bu-
lunmuş olur.

(4) : İflâs. Müflis olanlar da hacredilebilirler. Müflis lûgatde musfir
demekdir, şer'an malı borcuna kâfi olmayan kimsedir. Böyle bir borçlu-

nun halini, iflâsını ilân ve teşhir etmeğe de lûgatde «Teflis» denir. Hâkimin medyunu şurutu dairesinde hacretmesi bir teflis muamelesidir.

Filhâl lâzimül'edâ olan borcu malından ziyade bulunan kimseyi hâkim, alacaklıların talebiyle hacreder, talep bulunmadıkca hacretmez. Müeccel bir borc için de hacredilemez.

Vâdesi hülûl etmiş olan bir borcundan dolayı hacredilen kimsenin bu hacr ile müeccel olan borcları hülûl etmiş olmaz. Ezhar olan budur. Çünkü o medyunun zimmeti hali üzere bâkidir. Ölüm halinde ise böyle değildir, bütün borclar teaccül etmiş olur.

Malı borclarına müsavi olan kimse hacredilemez. Velew ki kazanc sahibi olmayıp nafakasını bu maldan temin etmekde bulunsun esah olan budur. Çünkü alacaklılar haklarını ondan derhal isteyib alabilirler.

Alacaklılardan birisi hacr talebinde bulunsa bakılır: Eğer medyudun malı o alacaklının alacağında kâfi ise hacr edilmez. Çünkü bu takdirde hacre lüzum yokdur, alacaklı hakkını tamamiyle istifa edebilir.

Hâkim, müflisin veya vekilinin talebiyle müflisi hacreder. Bu hacr bir kavle göre vacibdir, diğer bir kavle göre caizdir. Elverir ki borc sâbit olsun. Borcun vücuduna hâkimin ittılai da kâfidir. Bu hacrde müflisin bir gayesi bulunabilir, bu vesile ile borcundan kurtulmak ister. Esah olan budur. Artık müflis hacredilince malına garimlerin hakları teallûk eder.

Hâkimin hacr hâdisesi üzerine işhadda bulunması mendubdur. Tâki halk, bundan haberdar olarak ona göre müflis ile muameleden hazer üzre bulunsunlar. (Tuhfetül'muhtac).

(Hanbelilere göre de hacr, iki nevidir. Birisi, mehcurun hakkını, menfaatini siyanet için meşru hacrdır. Çocukların, mecnunların hacri gibi. Diğer de başkasının hakkını siyanet için olan hacrdır. Müflislerin, marizlerin hacri gibi.

Bu babda şu gibi hükümler caridir :

(1) : Çocukların, mecnunların, sefihlerin tasarrufatı maliyyeleri kablel-izin sahih olmaz. Bunlara beyi veya karz suretiyle bir mal veren kimse, bu malı mevcud ise istirdad edebilir. Fakat bu mal onların elinde telef olsa veya itlâf edilse bedelinin zâmin olmazlar. Çünkü bu mala bunları sahibi rizasiyle teslit etmiştir. Fakat bunların fiilen yapacakları bir cinayetin erşi, bunların mallarından verilir ve bunların fiilen yapacakları bir cinayetin erşi, bunların mallarından verilir ve bunların kendilerine teslim edilme-yen bir malı itlâf etmeleri de mallarından tazmin edilmesini icab eder.

(2) : Bir çocuk bâliğ olur da reşid olduğu anlaşılırsa bir mecnun da ifakat bulursa mehcuriyyeti hükme muhtac olmaksızın münfek olur, malları kendilerine verilir. Bu malların kendilerin hâkimin izniyle verilmesi, bunların reşid olduğunun beyyine ile sübûtu ve mallarının kendilerine verildiğine işhad edilmesi müstehabdır. Tâki ileride bir ihtilâfa meydan kalmassın.

(3) : Bir çocuk sefiḥ veya mecnun olarak bâliḡ olsa kablelbülûḡ velisi kim ise yine velisi odur. Reşiden bâliḡ olduktan sonra sefiḥ veya mecnun olan kimsenin velisi ise yalnız hâkimdir, onu yalnız hâkim hacre eder ve bunların mallarına yalnız hâkim nazar et eder. Bir kimse fakat tekke olmak de hâkime aiddir.

Yaşlı bir kimse de aklı muhtel olunca hâkim tarafından hacredilebilir. Çünkü böyle bir kimse malında tasarrufatdan âciz kalır.

(4) : Bir kimse, fâsik olduğu halde malını tebzirde bulunmasa hacr edilmez. Çünkü o. malını islâha muktedir olunca reşid sayılır.

(5) : Müflis, hâkim tarafından hacredilince bu hacr müddetince tasarrufatı maliyyeden memnu bulunur. Borcu müeccel olan kimse hacr edilemez ve bu borcu müddetin hülûlünden evvel kendisinden istenemez. Fakat böyle bir kimse, uzun boylu bir sefere çıkmak ister de daha seferden dönmeden borcunun vakti hülûl edecek olursa veya avdet edinceye kadar borcunun vakti hülûl etmemekle beraber borcuna kâfi rehni veya zengin kefilî bulunmazsa garîmi, kendisini bu seferden menedebilir. Çünkü aksi takdirde mutazarrır olması melhuzdur.

(6) : Bir medyûnun vakti hülûl etmiş olan borclarına kâfi malı mevcud olunca hacri caiz olmaz. Çünkü bu hacre hacet yokdur. Belki alacaklılarının talebi takdirinde hâkim, o medyûna borcunu ödemesini emreder. medyûnun da borcunu derhal ödemesi vâcib olur.

(7) : Bir medyûnun borcuna verilecek hiç bir malı bulunmazsa hacri cihetine gidilemez. Arkasına düşülemez, kendisinden borcu istenemez, belki onun hali yesarine intizar edilmesi lâzım gelir. Nitekim (وان كان ذو عسر))

(نظره الى ميسرة) nazm-ı kur'anisi bunu beyan buyurmaktadır. (Neytül-meârib, Keşşafül'kına.)

(Zâhiri'lere göre de hacr hususunda şu gibi meseleler vardır):

(1) : Henüz bâliḡ olmayan çocuklar ile mecnunlardan başka hiç bir kimse malında tasarrufdan hacredilemez. Bu hususda hür ile rakik, erkek ile kadın müsavidir. Yalnız bunların muasiyet kabilinden olan tasarrufları bâtıldır, merduddur. Sahibini gınadan mahrum düşülecek derece de yapılan sadaka, atıyye de böyle bir masiyettir.

(2) : Bir rakik, malında tasarruf edebilir. Efendisi buna mani olmak isterse bu selâbiyyeti kendisinden aldığını evvelce ilân etmesi lâzım gelir. Bu ilândan sonra rakik malında tasarrufda bulunamaz.

(3) : İbni Hazme göre sefahet de cinnet demektir. Sefahatden dolayı mehcür olanlar da mecnunlar ile çocuklardan ibarettir. Yoksa sefiḥ, alış veriş bilmeyen, bunlarda aldanan kimse demek değildir. Çünkü sefiḥin lisan-ı Arabda üç mânası vardır, bir dördüncü mânası yokdur. Bunların biri, bezâdır, lisan ile seb etmek, yaramaz söz söylemektir. İkincisi küfr demektir, üçüncüsü de adem-i akıldır.

(4) : Hür bir insan hacredilemez. Marazı mevt ile mariz, katle mah-

kûm, saffı harbde mukatıl olan bir şahsın da beyi ve şırası, hibesi, itâkı, garimlerinden bazısına borcunu edası cemi-i emvâlinde muteberdir, bunlar ile sair nâs arasında fark yoktur.

(5) : Kadınlar da kocaları tarafından mallarında tasarrufdan hacr edilemezler. Bâliğ olan bir kadın zatüzeve olsun olmasın malından dilediği mikdarını hibe edebilir, bu nâfizdir. Malının sülüsü mikdarında olması lâzım değildir.

(6) : Bir çocuk bâliğ oldu mu artık rüşdi taharri edilemez, malında tasarrufu muteber olur. Ancak malını bâtılta itlâf ve izae etmesi haramdır. Nitekim Kur'anı Kerim'de (وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا) buyurulmuştur. Alış verişde hud'a yapması da merduddür.

(7) : Ebû Süleyman'a ve Davud-ı Zahri'nin ashabına göre mübzir olarak bâliğ olan bir çocuk mehcuriyyeti üzre kalır. Çünkü o evvelce yakinen mehcür bulunmuştur. Bu mehcuriyyet kendisinden başka bir yakın bulunmadıkca, yani hilâfına kanaat husûle gelmedikçe münfek olmaz. Fakat reşid olduktan sonra tebziri zuhur etse artık hacredilemez. Şu kadar var ki, ef'alinden hakkı tevafuk edenleri nâfiz olur, hakka muhalif olanları da red olunur.

İbni Hazme göre bâliğ olan çocuk, mübzir olarak bâliğ olsa da mehcuriyyeti kalmaz. Çünkü bunun bülûğ sebebiyle mükellef, şerâyî ile muhatab olması, başka bir yakinin zuhurundan ibaretdir, artık mehcuriyyetin devamına lüzûm yoktur.

(8) : Rüşd, kesb-i mâl hususundaki marifet değildir. Belki dindarlıktır, gayyin hilâfıdır. İymanı küfrden temyiz edecek suretde bâliğ olan kimse, reşiddir, artık malını kendisine vermek icab eder.

Bir hadis-i şerif'de: (رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ حَتَّى يَفْقَهُ وَعَنِ الْغَيِّ حَتَّى يَحْتَسِبَ)

buyurulmuştur. Yani: Üç zümreden tekelif kaldırılmışdır. Mecnundan ifakat buluncaya kadar, uyuyandan uyanıncaya kadar, çocukdan da ihtilâm oluncaya kadar. Demek ki bundan sonra bunlar mükellef olacaklarından her türlü tasarrufları sahih olur. (Elmu-hallâ).

ÇOCUKLARA, MECNUNLARA, MATUHLARA AİD İZNE MÜTEALLİK MESELELER :

37 — : Yukarıda «34» üncü meselede de işaret olunduğu üzere gayri mümeyyiz bir çocuğun tasarrufata asla ehliyyeti yoktur. Onun tasarrufatı kavliyyesi, velisi izin verse de, hakkında nâfiz olsa da sahih olmaz.

Fakat mümeyyiz bir çocuğun hibe ve hediye kabulü gibi hakkında nef'i mahz olan tasarrufatı velisinin izin ve icazeti olmasa da muteberdir, nafizdir. Başkasına bir şey hibe etmek, kölesini azâd etmek veya zevcesini boşamak gibi hakkında zararı mahz olan tasarrufatı velisinin veya bâdelbülûğ kendisinin izin ve icazeti lâhik olsa da muteber olmaz. Beyi ve

şıra, icare, havale, iydâ ve vediaıy kabul, rehn, vekâlet, sulh, istisna, şirket gibi nefi' ile zarar arasında dair olan akdleri ise velisinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Velisi de bu akdlere icazet verib vermemekde muhayyerdir. Şöyle ki: Çocuğun bu akdini gabni fâhişden beri, hakkında faideli görürse müciz olur, görmezse müciz olmaz.

Meselâ: Sağiri mümeyyiz, bir malını değerinden ziyade para ile satmış olsa bile bu bey'in nefazı yine velisinin icazetine mevkuf bulunur. Çünkü beyi muamelesi haddizatında nef' ile zarar beyninde deveran eden akdlerdendir, böyle fazla bir semenle satmak, bir ârizî hâletdir, bey'i vaz'i aslisinden çıkaramaz. Zira ibret vaz'i asliyedir. (Minehül'gaffar, Hindiiye.)

38 — : Sağiri mümeyyiz nef' ile zarar beyninde dair olan tasarrufuna velisi izin vereceği gibi bilâhare kendisi de tasarrufata mezun veya balığ olduktan sonra izin verebilir. Ve bu çocuğun malında bir yabancının bu kabil tasarrufuna velisi izin verebileceği gibi kendisi de mezuniyetinden veya bülûğundan sonra izin verebilir. (Reddül'muhtar, Dürerül'hükkâm.)

39 — : Velinin izni zaman ile, mekân ile ve bir nevi alış veriş ile te-kayyüd ve tehassüs etmez.

Meselâ: Bir veli, mümeyyiz çocuğa, «Bugün veya şu ay filân çarşıda şu cins mallardan al sat, filân adam ile alış veriş et.» diye mezuniyyet ver-se o çocuk diğer günlerde de başka yerlerde her cins malları alib satabilir. Çünkü bu izin, iskât kabilinden olduğundan takyidi kabul etmez, veli bu izniyle çocuğun mehcuriyyetini kaldırmış, onu tasarrufata ehil görmüş olur.

Şu kadar var ki, veli lüzûm görürse bu çocuğu ahz ve itâdan tekrar hacredebilir. Çünkü çocuğun sebavet hali henüz devam etmekte olduğundan velisinin hakk-ı hacri de devam eder. Fakat çocuk bu hacri haber alıncaya kadar mezuniyeti haiz sayılır, tasarrufatı nâfiz olur.

40 — : Ahz ve itâya mezun kılındıktan sonra tekrar hacredilen çocuğa bu hacr keyfiyetini âdil olsun olmasın bir şahsın haber vermesi imameyne göre kâfidir. İmamı Âzam'a göre ise muhbir, ya bir şahs olduğu halde âdil bulunmalıdır, yahud iki erkek veya iki kadın ile bir erkek olmalıdır.

Maamafih bu hacri bizzat veli veya velinin resûli çocuğa tebliğ ederse veya velinin bu hususa dair yazdığı mektub çocuğa vâsıl olursa veya âdil olmayan bir kişi haber verdiği halde çocuk bunu tasdik eylerse yine hacr tahakkuk eder.

41 — : Velinin mümeyyiz çocuğa veya matuha izni sarahaten olacağı gibi delâleten de olabilir. Meselâ: Bir mümeyyiz çocuğun hâkimden başka velisi, onu alış veriş ederken gördükde veya onun bu muamelesine ha-

ber almak suretiyle muttali oldukda sükût edib menetmese bu sükûtu delâleten izin sayılır, artık çocuk sair ahz ve itâya da mezun bulunur. Fakat bu çocuk, o velisinin görüb haber aldığı tasarrufunda da mezun bulunmuş olmaz. O tasarrufu veli dilerse müciz olur, dilerse fesh eder. Çünkü bu tasarruf, mezuniyyetden evvele aiddir, bu tasarruf, o mezuniyyete vesile olmuştur. Bir şeyin vesilesi ise o şeyden başkadır.

Hâkimin böyle bir tasarrufu görüb sükût etmesi de izin sayılmaz. (Hindiyye, Mecmaül'enhür).

42 — : Velinin mümeyyiz çocuğa ribh = Kazanc kasd olunduğuna delâlet eden mükerrer akdlerde bulunmasına emr etmesi, onun ahz ve itâda bulunmasına izindir.

Meselâ: Bu çocuğa velisinin «Alış veriş et.» veya «Filân cins malı al sat.» veya «Şu araziye isticar ederek ek, biç.» veya «Şu hayvanı al nakliyye işleriyle uğraş.» demesi, onun ticaretde bulunmasına izin demektir.

Fakat velinin böyle bir çocuğa «Git çarşıdan filân şeyi filândan al.» yahud «Filân şeyi fülâna sat.» veya «Fülâna git ona ücretle çalış.» demesi gibi yalnız bir akdin, bir tasarruf-i şahsisinin icrasına emr etmesi, ribh kasd edildiğine delâlet etmeyeceğinden bununla çocuk ahz ve itâya mezun olmuş olmaz. Belki bu emir, o çocuğu örf ve âdet üzere o hususda tevkilen istihdam kabilinden sayılır, çocuğun sair tasarrufatı yine gayri mezun çocukların tasarrufatı gibi olur. (Bezzaziyye, Ankaravî).

43 — : Veli, mümeyyiz çocuğa malının bir mikdarını teslim ile alış verişde bulunmasına bir tecrübe maksadiyle izin verebilir. Bunun neticesinde çocuğun rüşdünü, yani: Malını muhafazada, hüsn-i islâh ve idarede ehliyyetini görüb anlarsa mütebâki mallarını da kendisine teslim eder. (Tenkih-i hâmidî).

44 — : Velisi tarafından kendisine mezuniyyet verilen bir mümeyyiz çocuk, bu mezuniyyetin şâmil olduğu hususlarda bâliğ mesabesinde olur. Beyi ve şira, icare, selem, istikraz, tecil-i deyn, akd-i şirket, tevkil gibi zararı mahz olmayan akdleri nâfiz olur. Fakat ibrâ ve hibe gibi zararı mahz olan akdleri yine muteber olmaz. (Tatarhaniyye.)

45 — : Mezun olan çocuğun mezun olduğu tasarruflara aid ikrarı sahihtir. Hattâ bir şeyi gasb etmiş olduğuna dair ikrarı da muteberdir. Çünkü gasbın zamanı da bir zaman-ı muavezedir. Gâsib bu zaman ile magsuba malik olmuş olur.

İkraz hususunda ise iki kavl vardır. Bazı fukahaya göre onun ikrazı, teberru kabilinden olacağından mezuniyyetinin buna şumûlü yoktur. Ancak bir dirhemden az bir şey hibe etmesi caiz olacağı gibi ikraz etmesi de caizdir. Diğer bazı fukahaya göre ise elelîtlâk ikrazı da caizdir. (Hindiyye, Mülteka, Ebüssûd-ı Mısırî.)

46 — : Mezun olan çocuğun birinden bir hak dâvası sahih olduğu gibi kendi aleyhinde de ticarete aid bir hak dâvası sahihtir. Bu cihetle müddei ve müddeaaaleyh olabilir. Bu hususda yemini ve yeminden nükûlü de muteberdir. Satdığı ticaret mallarının zuhur edecek kadim ayıplarından dolayı beynettüccar mûtaad vechile semenlerini tenzil de edebilir. Bu ayıplar, gerek kendisinin ikrariyle ve gerek beyyine ile sâbit olsun. (Tenvirül' ebsâr, Turi).

47 — : Veli, çocuğa verdiği izni bilâhare ibtâl ile onu hacr etmek isterse ona ne vechile izin vermiş ise o vechile de hacr etmesi lâzım gelir. Bu şartdır.

Meselâ: Bir mümeyyiz çocuğa velisi alış veriş için izni âmm verib de çarşı halkının malûmu olduktan sonra onu hacr edecek olunca hacri dahi o vechile âmm olmalı, buna çarşı ahalisinin ekserisince ittilâ husûle gelmelidir. Yoksa kendi hanesinde iki üç kimsenin huzurunda hacr etmesi sahih olmaz. Fakat verilmiş olan izin, bir izn-i hass ise, yani: Bir, iki, üç kimsenin yanında verilmiş, çarşı halkınca şayi bulunmamış ise yine bu vechile hacri muteber olur. (Hindiyye.)

48 — : Mümeyyiz bir sağırin veya matuhun ticarete müteallik tasarrufunda menfaat görüldüğü halde veliyyi akrebi bu tasarrufa izin vermekden imtina etse hâkim, izin verebilir. Artık sair veliler, onu hacr edemezler. Çünkü hâkimin bu izni minvechin fetvâ ve minvechin hükmdür, onu sair veliler nakz edemezler. Fakat bu izni veren hâkim veya başka bir hâkim onları tekrar hacr edebilir. Bir kavle göre de sair velilerin hacri, bu izni veren hâkimin hayatında sahih olmazsa da vefatından sonra sahih olur. (Hindiyye, Mir'ât-i Mecelle).

49 — : Bir çocuğa mezuniyyet vermiş olan veliyyül'akrebi, meselâ babası veya vasisi vefat etse veya cünun-ı mutbik ile mecnun olsa vermiş olduğu izin, bâtil olur. Velevki onun vefatına veya cinnetine bu çocuk veya başkaları muttali olmasın. Binaenaleyh velisinin vefatından veya cinnetinden sonraki tasarrufatı nâfiz olmaz. Çünkü velinin vefatından veya cinnetinden dolayı olan hacr, bir hacr-i hükmi olduğundan buna ittilâ şart değildir.

Fakat hâkimin izni vefatiyle veya cünumiyle veya azl edilmesiyle bâtil olmaz. Zira onun izni minvechin hükmi olduğundan onun hâkimiyyet sıfatiyle yapmış olduğu şer'î muameleler, o gibi sebebler ile bâtil olmaz. (Dürrümuhtar.)

50 — : Bir hâkimin mezun ettiği bir çocuğu yine o hâkim veya kendisine halef olan hâkim, hâkim olduğu müddet içinde hacredebilir. Çünkü hâkimin izni minvechin hükmi ise de minvechin iftâdır. Bu cihetle halefinin de bu izni idâmeye veya kaldırmaya selâhiyyeti vardır. Fakat o ço-

çuğun sair velileri hâkimin vefatı veya azli üzerine onu hacredemezler. Çünkü hâkimin izni mincevhin hükm olduğundan onu hâkim olmayanlar bozamazlar. (Dürrimuhtar, Dürrimüntekâ).

51 — : Velinin sağiri mümeyyize izin vermesiyle hakk-ı velâyeti zâil olmaz, onun malında yine reşiden bülûğuna kadar tasarrufda bulunabilir. Fakat bir çocuk rüşdi malûm olarak bâliğ olunca mehcuriyyeti nihayet bulur, mallarının kendisine verilmesi lâzım gelir, velisi ona mallarını teslim ettiğinden dolayı mes'ul olmaz, kendisi de artık o mallarda velâyeti habiyle tasarrufda bulunamaz. (Hindiyye, Ebüssuûd).

52 — : Hal-i sabavetinde reşid mi, sefih mi bulunmuş olduğu malûm olmayan bir çocuğa da bâliğ olunca mallarını vermek caiz olur. Çünkü her bâliğin sefih olduğu tahakkuk etmedikce malında tasarrufu sahihtir. Binaenaleyh velisinin kendisine teslim edeceği mallarını güzelce idare ve muhafaza edemeyib telef etse de bunları velisi zâmin olmaz.

Fakat hal-i sabavetinde sefih ve müsrif olduğu malûm olan bir çocuğa bâliğ olunca mallarını hemen vermek caiz değildir. Böyle gayri reşid olarak bâliğ olan çocuğun rüşdü hüccet ile veya tecrübe ile tahakkuk etmedikce malı kendisine verilmez, malına tasarruftan men olunur. Veleveki yirmi beş yaşını ikmâl etsin.

Bu çocuk, İmam Muhammed'e göre olduğu gibi mehur kalır, İmam Ebû Yûsûf'e göre yeniden hacr edilmesi lâzım gelir. Fakat her iki kavle göre de malları kendisine verilemez.

Meselâ: Böyle bir çocuğun vasisi, bunun mallarını kendisine verse de bu mallar zayi olsa bunları o vasinin tazmin etmesi icab eder. (Tahtavî, Şihbî.)

53 — : Sinni bülûğun mebdei, erkek çocuklarda tam on iki, kız çocuklarda da tam dokuz yaşıdır. Bu yaşları dolduran çocuklar; ihtilâm, ihbâl, hayz, gebe kalmak suretiyle bâliğ ve bâliğa olabilirler. Sinni bülûğun müntehası da imameyne göre erkek ve kız çocuklarında tam on beş yaşıdır. Bunlarda ihtilâm, hayz gibi bülûğ asârı zâhir olmasa da bu on beş yaşı ikmâl edince bülûğlarına hükm olunmak lâzım gelir. Müftabih olan da budur, Mecelle'de de bu kabul edilmiştir. İmamı Âzama göre ise sinni bülûğun müntehası erkek çocuklar için tam on sekiz, kız çocuklar için de tam on yedi yaşıdır. Bu yaşları ikmâl eden çocuklar, kendilerinde hâlâ bülûğ asârı zâhir olmasa da hükmen bâliğ sayılırlar. (Reddimuhtar.) Çünkü bu yaşda bülûğ asârından birinin zâhir olması galibdir. İtibar ise galibedir.

54 — : Bir erkek çocuğu kendisi için sinni bülûğun mebdei olan on iki yaşını ikmâl ettiği halde ihtilâm gibi bir sebeble bâliğ olmasa, bâliğ oluncaya veya on beş yaşını ikmâl edinceye kadar «Mürâhik» adını alır.

Bir kız çocuğu da dokuz yaşını ikmâl ettiği halde âdet görmeğe başlamak gibi bir sebeble bâliğa olmasa böyle bir sebeble bâliğa oluncaya veya on beş yaşını dolduruncaya kadar «Mürahika» diye yâd olunur.

55 — : Sinni bülûğun mebbeine varmamış olan bir çocuk, bâliğ olduğunu iddia ve beyan etse kabul olunmaz. Çünkü zâhir-i hal, kendisine mükezzibdir.

Fakat bir mürahik veya mürahika, bâliğ olduğunu ikrar etse bakılır. Eğer cüssesinin bülûğa tahammülü olmamak hasebiyle zâhir-i hâl kendisini tekzip ediyorsa bu ikrarı tasdik olunmaz. Fakat cüssesinin bülûğa tahammülü olub da zâhir-i hâl kendisini tekzip etmiyorsa ve ihtilâm ile mi, ihbâl ile mi, hayz ile mi bâliğ olduğuna da beyân ve izah ediyorsa bu bülûğ iddiası hâkim tarafından bilâ yemin tasdik olunur. Artık bâliğ veya bâliğa bulunmuş olacağından âkdleri, ikrarları nâfiz olur. Hattâ bir müddet sonra, «Ben bülûğumu ikrar ettiğim zamar. henüz bâliğ olmamışdım.» diyerek bu ikrarından sonraki tasarrufatı kavlivyesini fesh etmek istese buna iltifat olunmaz.

Bir mürahik veya mürahika, böyle bir ikrarda bulunmadıkca mücerred bülûğ yaşının mebbeine varmış olmasından dolayı bülûğuna hükm edilemez. (Ebüssuûd, Ali Efendi fetavâsı.)

56 — : Sebavetinde sefih olan veya sefih mi, reşid mi olduğu bilinmeyen veya reşiden bâliğ bulunan bir çocuğun bülûğu üzerine malı kendisine verilip de bâdehû sefih olduğu tahakkuk etse hâkim tarafından hacr olunur.

57 — : Rüşdü hüccet-i şer'iyye ile veya tecrübe ile, yani: Velisinin kendisine bir mikdar mal verib alış verişe mezun kılmış olmasıyle sâbit olmayan gayri bâliğ bir çocuğun emvâlini velisi veya vasisi kendisine vermekle bu emvâli o çocuk itlâf etse veya bu emvâl onun elinde zayi olsa bunu velisi veya vasisi zâmin olur.

58 — : Mecnun-i mutbak, gayri mümeyyiz çocuk hükmündedir. Mecnun-i gayri mutbak da cinnet halinde bulundukca gayri mümeyyiz çocuk mesâbesindedir. Fakat bunun hali ifakatinde, yani: Tam akli bulunduğu zamandaki tasarrufatı da âkil bâliğin tasarrufatı gibidir. Böyle bir mecnunun matuh, nakisül'akl bir halde olarak yaptığı tasarrufat da mümeyyiz çocuğun tasarrufatı hükmündedir. (Reddimuhtar.)

59 — : Matuhlar, bütün ahkâmda mümeyyiz çocuklar hükmündedirler. Meselâ: Bir çocuğun velileri kimler ise çocukluğundan beri matuh olanın velileri de onlardır. Ve bir çocuğun hakkında zararı mahz olan tasarrufu sahih olmadığı gibi matuhun da böyle bir tasarrufu sahih olmaz. Ancak âkilen bâliğ olub da bilâhare eteh geiren veya mecnun olan kim-

senin velileri, yine babası, babasının vasisi gibi kimseleridir, yoksa yalnız hâkimdir. Bu meselede ihtilâf vardır. İmam Ebû Yûsûf'e göre bunun hakkındaki velâyet, hâkime aiddir, sair velilerine avdet etmez. İmam Muhammed'e göre ise bu velâyet, onun yine babası, vasisi gibi yakın velilerine avdet eder, istihsanen müreccah olan da budur. (Ankaravî).

60 — : Çocukların hacri ve ticaretde bulunmalarına izin itâsı hususunda velileri sırasıyla şunlardır: (1) Babası, (2) Babası vefat etmiş ise vasiyyi muhtarı, (3) Vefat eden vasiyyi muhtarın hayatda iken nasb ettiği vasi, (4) Cedd-i sahihi, yani: Çocuğun babasının babası veya babasının babasının babası, (5) Cedd-i sahihinin hali hayatında nasb etmiş olduğu vasi, (6) Bu vasinin nasb eylediği vasiy, (7) Hâkim veya onun vasiyyi mensubi. Bunların mukaddemi var iken müahhari velâyeti haiz olamaz.

Çocuğun anası, anasının vasisi, kardeşleri, amcaları ve sair karibleri ona ticaret için izin veremezler, onların izinleri sahih değildir, meğer ki hâkim tarafından vasi nasb ve tâyin edilmiş olsunlar. (Kâfi, Hindiyeye).

61 — : Çocukların mallarında tasarruf hakkına malik olan velileri, yukarıdaki meselede gösterilen kimselerdir. Fakat çocukların zaruret hallerine aid hususlarda, yani: Onların yiyeceklerine, içeceklerine, giyeceklerine aid şeyleri satın almak ve onlar için satılması elzem bulunan şeyleri satmak hususunda valideleri, kardeşleri, amcaları, mültakidleri de tasarrufa selâhiyyetdardırlar. Su şart ile ki bu çocuklar, onların hicr ve terbiyesinde bulunur olsunlar.

Kezalik: Çocukların haklarında nef'i mahz olan tasarruflara, meselâ: Onlara verilen atıyyeleri kabule hicr ve terbiyelerinde bulundukları bu kimseler muktedirler. Vele ki babaları, vasileri, dedeleri hazır bulunsunlar. (Velvaliciyye, Hindiyeye.)

Çocukların nikâh hususundaki velileri için nikâh mebhasine müracaat! (Malikî'lere göre de çocukların tasarrufları, bülûğları ve velileri hakkında şu gibi meseleler vardır:

(1) : Çocuklar mehcurdurlar. Mümeyyiz olan erkek veya kız çocuğunun hibe, itk gibi tasarrufları herhâlde merduddür. Beyi ve şıra gibi muaveze kabilinden olub bilâ izin yapmış oldukları tasarrufları da velileri tarafından reddolunabilir. Bu tasarrufları velileri tarafından reddedilmediği takdirde kendileri tarafından reşid olunca reddedilebilir.

(2) : Herhangi bir çocuk başkasının malını itlâf ve ifsâd ederse onu kendi malından zâmin olur. Malı bulunmazsa o zimmetine terettüb eden bir borç olur. Fakat kendisine emanet bırakılan bir malı itlâf etse — sahibi tarafından taslit, ihtiyata muhalif hareket edilmiş olduğundan — bedelini zâmin olmaz. Meğer ki onu kendi nefsine sarf etmiş olsun.

(3) : Bir baba, mehcûr olan çocuğunun malını akar kabilinden olsun olmasın satabilir, ne sebebe mebnî satdığını söylemeğe mecbur değildir.

Herhalde bir babanın evlâdı hakkındaki böyle bir muamelesi bir nazara, bir maslahata mahmûldür.

Bir vasinin satıp satmaması hakkında ise ihtilâf vardır. Bâhusus bazı zevata göre çocuğun akar kabilinden olan malını vasinin satabilmesi için bunun sebebinı beyyine ile isbât etmesi lâzımdır.

(4) : Hâkim tarafından bir yetimin malı satılabilmesi için onun yetim olduğu, vasisi bulunmadığı, satılacak mala yetimin malik bulunduğu, ve o malın satılması diğer mallarının satılmasından evlâ olduğu şahidlerin şahadeteriyle sâbit olmalıdır. Ve o mal, münâdi vasıtasıyla satış için izhar edilmelidir. Verilen semen, semeni misline muadil veya ondan ziyade bulunmalıdır. Daha ziyadeye taleb bulunmamalıdır. Semen de nukud kabilinden olmalı, uruz ve müeccel bulunmamalıdır. Çünkü uruz kıymetinden düşebilir, müeccel de ileride alınamayabilir, bundan korkulur.

(5) : Yetimlere aid akarların satılabilmeleri için şu şartlar vardır :

a — Nafaka gibi, borc gibi bir hacet tahakkuk edib bunları temin için başka malı bulunmamak,

b — Semeni mislinin bir sülüs mikdarı veya daha ziyade bir bedel ile talib zuhur edib bu fazla mikdarın helâl bir maldan verilmesi,

c — Akar haraca tâbi olmakla satılıb haraca tâbi olmayan bir mal ile tebdilinin daha faideli görülmesi,

ç — Hisse-i şâyiadan ibaret olmakla zarar-ı şirketden tahlis için satılıb müstakil bir mal ile istibdâl edilmesi,

d — Gallesi az veya gayri mevcud olduğundan satılıb gallesi fazla bir mal ile istibdâl edilmesi,

e — Mesken olan akar, zimmiler veya ehli bid'at arasında bulunduğundan satılıb müslümanlar veya ehl-i sünnet arasında bir mesken tedarik edilmesi,

f — Akar, taksimi gayri kabil müşa olub satılmasını şeriki istediği halde onun hissesini almak için yetimin malı bulunmaması,

g — Etrafındaki müesseselerin başka yerlere intikaliyle yetime aid akarın tek başına kalmasından korkulması,

h — Akarın harab olmasından korkulduğu halde imarı için yetimin başka malı bulunmaması,

i — Yetimin akarını imara kâfi malı var ise de bu akarın hangi bir gazezden dolayı satılmasının imarından evlâ olması.

(6) : Mehçur olan bir kız çocuğunun mehcuriyyetinin zevâli için büyüğü ve malını hıfza iktidarı lâzım olduğu gibi vasisi var ise onun tarafından hacrimin fekkedilmesi de lâzımdır. Bununla beraber kocasının kendisine duhûlü ve bâdedduhûl salâhı haline iki âdil kimsenin şahadeti de lâzımdır. Bu suretle hacri fekkedilmedikçe mehcuriyyeti devam eder. Vele ki duhûl vâki olmuş olsun, velev ki kocaya varmaksızın kocakadın haline gelsin.

Maamafih böyle bir bâliğayı babası duhûlden evvel veya sonra terşid edebilir: Yani: «Ben seni reşid gördüm, hacrini kaldırdım.» diyebilir. Bu halde mehcuriyyet mürtefi, bâliğanın tasarrufatı carî olur. Vasi de bâded-dühûl bu suretle terşidde bulunabilir, velev ki onun rüşdünü başkası bilmesin.

(7) : Çocukların velisi, babalariyle babalarının vasisidir. Ancak ced, kardeş, amca, valide gibi karibler istihsanen vasi mesâbesinde bulunurlar. Bilhassa bâdiyede yaşayanlar arasında bunlar yetimler hakkında örfen vasi muamelesinde bulunurlar. Bu hususda örf carîdir. Örf ise nâs gibidir. Nitekim bâdiye ve saire ehalisinden bir çok kimseler bulunur ki bunlar cedlerine, kardeşlerine veya amcalarına itimaden yetim kalacak çocuklarına vasi tâyin etmezler. Bu karibler, çocukların umurunu tekeffül ederler. Binaenaleyh bunlar da şeraîti dairesinde yetimlerin mallarını satabilirler. Maamafih deniliyor ki, bu vasilik selâhiyyeti, şefkat ile hüsn-i terbiye ile maruf olan kimselere lâyıkdır. Böyle olmayınca hâkimin veya cemaât-i islâmiyyenin tevliyyetine lüzûm vardır.

(8) : Bülûğ alâmetleri beşdir. Şöyle ki: On sekiz yaşını ikmâl eden ve bir kavle göre de on sekiz yaşına giren bir çocuk, bâliğ olmuş olur.

Kezalik: Uyku halinde veya uyanırken kendisinden inzâli menî vâki olan çocuk bâliğ olmuş olur.

Kezalik: Kendisinde nebati haşn denilen kalınca tüyler zuhur eden çocuk da bâliğ, bâliğa sayılır. Veleve ki bıyıkları, sakalları, koltuk altındaki tüyleri henüz zuhur etmemiş olsun. Çünkü bunlar bülûğdan sonra teehhür edebilir. Sesin kalınlaşması da bu alâmet kabilindendir. Bunlar erkek çocuklar ile kız çocuklar arasında müsterekdir.

Kezalik: Kendi kendisine zuhur eden hayz ile gebe kalmak hali de kızlara mahsus birer bülûğ alâmetidir.

(9) : Bir çocuk bülûğunu iddia etse bakılır: Eğer hali bülûğa müsaid olup iddiasında şek edilemezse iddiası tasdik olunur. Fakat iddiasında şek edilirse tasdik olunmaz.

Bilâkis bir çocuk bâliğ olmalığını iddia etse tâlâk gibi tasarrufları vâki olmaz, kendisinden hudûd sâkit olur. Çünkü hudûd şübühât ile mün-deri olur. (Muhtasar-i Ebizziya, Şerh-i Kebîr, Hâşiye-i Düsûkî.)

(Safî'lerce de mehcür çocuklar hakkında şu gibi meseleler vardır):

(1) : Erkek ve kız çocuklarda bülûğun ilk imkân vakti, sene-i kameriyye itibariyle takriben dokuz yaşlarını ikmâl ettikleri zamandır. Sinn-i bülûğun müntehası da erkek ve kız çocukların sene-i kameriyye itibariyle on beşer yaşlarını ikmâl etmeleridir. Nutfenin huruciyle bülûğ tahakkuk edeceği gibi kızlarda hayz ile ve gebe kalmakla da tahakkuk eder.

(2) : Çocukların, mecnunların ve sefih olarak bâliğ olanların velileri evvelâ babalarıdır, sonra babalarının babalarıdır. sonra da bunların vasil-leridir. daha sonra da hâkimdir veya hâkimin nâibidir. Nitekim bir ha-

dis-i şerif'de (السلطان ولي من لا ولي له) = hükümdar velisi olmayan velidir) diye buyurulmuştur. Esah olan kavle göre ananın velâyeti yokdur.

(3) : Mehcurun velisi, maslahata göre tasarrufda bulunur, hayr ve şerri olmayan tasarruflardan imtina eder, mallarını hıfza çalışır, bu malları mehcurun nafakasını ve zekâtını temin edecek mikdar tenmiyede bulunur. Hâkim ise bu malları ikraz eder.

(4) : Mehcurun parasiyle gallesi idaresine kâfi olacak akar alınması, o para ile ticaretde bulunmaktan evlâdır.

Mehcurun akarı satılmaz. Meğer ki harab olmasından korkulsun veya mütebâki emlâkını imar için olsun, veya nafakasını başka suretle temin gayri kabil bulunsun veya başka bir belde de bulunub bedeli icarı tamirâtına vergisine ve sair masraflarına kâfi gelsesin. Böyle bir hacete mebni satılabilir.

(5) : Veli, mehcurun malını bir maslahata mebni peşin para veya veresiye olarak satabilir. Veresiye satınca bey'e işhadda bulunması ve rehin alması vâcibdir.

Veli, maslahata muvafık görürse mehcur namına şüf'a sebebiyle bir akarı satın alabilir veya şüf'a hakkını istimâl etmeyebilir.

Veli, mehcurun mezhebi icabatından ise malına aid zekâtını zamanında verir ve mehcura kadr-i maruf infakda bulunur, nafakaları mehcurun üzerine lâzım gelenlere de nafaka verir.

(6) : Bir mehcura malı gaib olmakla babası veya dedesi, ileride malına rücu etmek üzere infakda bulunsa rücu edebilir. Başkaları infakda bulunsalar rücu edemezler.

(7) : Bir mehcurun babası veya dedesi, muhtac olunca onun malından nafakasına kifayet edecek mikdarı ahz edebilirler, herhalde kazamb nafakalarını temin etmekle mükellef tutulmazlar. Mehcurun vasisi veya emini ise ihtiyaçları olmayınca onun malından bir şey alamazlar. Fakat fakir olup mehcura bakmaları yüzünden bir şey kazanamaz bir halde bulursan nafakaları mikdarı bir şey alabilirler. Diğer bir kavle göre ecr-i misilleriyle nafakalarından hangisi az ise onu alırlar, ileride zengin olunca bunun bedelini iade etmeleri lâzım gelmez.

(8) : Bir mehcuru babası veya dedesi ücrete tekabül etmeyecek işlerde istihdam edebilirler, onu böyle bir hizmet için başkasına iâre edebilirler. Ve onu kendisine dînen ve dünyaca nafi olacak şeyleri öğrenmek için ücretle de olsa bir zatın daire-i tâlimine teslim edebilirler. Bir maslahat gördükleri takdirde onu nafakası mukabilinde birine ecir de verebilirler.

(9) : Bir mehcur, bülûğundan veya ifakat buldukdan veya tebzir hali zâil olduktan sonra babası veya cediti aleyhine dâva açarak bir malının bunlar tarafından maslahatsız yere satılmış olduğunu iddiada bulunsa bun-

lar yeminleriyle tasdik olunurlar. Çünkü bunların şefkatları fazla olduğundan bu hususda müttehem olamazlar. Fakat mehcür, kendisine haricden vasi veya emin tâyin edilmiş bir kimse hakkında böyle bir iddiada bulunsa yeminiyle tasdik olunur. Zira bunlar bazan müttehem olabilirler.

Veli olan emîn, sika bir hakimin mehcür hakkındaki lîmaslahatin tasarrufda bulunmuş olduğuna dair sözü, bilâ yemin makbuldür. Veleve ki fil'hâl mazûl bulunsun. Çünkü hâkim, bu tasarrufu esnasında şer'i şerifin nâibi bulunmuştur. Emîn ve sika olmayan bir hâkim ise vasi gibidir.

(10) : Bir baba çocuğun malını senelerce sakladıktan sonra vefat etmekle çocuğun nafakasına bu malı mı, yoksa, kendi malını mı sarf etmiş olduğunda hâkimce iştibah hâsıl olsa çocuğun malını sarf etmiş olduğuna ihtiyaten hamlolunur. Tâ ki sair vârisler mutazarrır olmasınlar. Maamafih babanın beraet-i zimmeti asldır. (Tuhfetül'muhtac.)

(Hanbelî'lere göre de çocukların mehcuriyyeti bülûğlarına kadar devam eder. İhtilâm, hayz, gebelik bülûğ âsârındandır. Erkek ve kız çocukları on beşer yaşlarını istikmâl etmekle bâliğ olmuş olurlar. Bunların hakkında şu gibi meseleler carîdir:

(1) : Mümeyyiz olan bir çocuğun ticaretde bulunmasına velisi izin verebilir. İzin verdiği hususda ondan hacr münfak olur, bundan başka hususlarda tasarrufu yine sahih olmaz.

Meselâ: Bir veli, mümeyyiz olan oğluna veya mümeyyiz veya bâliğ olan kölesine bin lira ile ticaretde bulunmasına mezuniyyet verse bunlar bundan fazla bir para ile ticarete atılamazlar. Ve bir nevi ticarete mezun olunca da başka bir nevi ticaretle meşgul olamazlar.

(2) : Çocuğun, mecnunun, sefihin hâkimden ve hâkimin eminden başka olan velisi, muhtac bulunduğu takdirde bunların malından yiyebilir. Şöyle ki: Bu velinin ecr-i misliyle kâdir-i kifaye nafakasından hangisi daha az ise o az mikdarı bunların malından alıp ihtiyacına sarf edebilmesi câizdir. Maamafih veli, ihtiyacı bulunmasa da kendisine hâkimin takdir edeceği ücreti mehcurun malından alabilir.

(3) : Çocuğun, mecnunun velisi, bâliğ, reşid, âkil, hür veleve zâhiren âdil olan babasıdır, sonra babasının âdil olan vasisidir, sonra da hâkimdir. Bunlar mezkûr evsafı haiz babaları veya vasileri bulunmayınca hâkim bunlara bakmak üzere emîn bir kimseyi nazır tâyin eder, hâkim de bulunmazsa bunlara cemaât-i islâmiyyeden emîn bir zat nezaretde bulunur. Ced-din validenin ve sair asebatın hakk-ı velâyetleri yokdur.

(4) : Mehcurların mallarından zekâtlarını, fitrelerini velileri çıkarıp verirler. Malı fazla olan ve kurbandan, bayramdan anlar bulunan bir yetimin malından o yetim için kurban bayramında velisi kurban kesebilir, fakat bunun etini tesadduk edemez, bu, yetime aiddir.

(5) : Yetimlere ikram etmek, onların kalblerini sevindirmek, onlardan ihaneti def' eylemek müstahabdır. Bir yetimin kalbini cebr ve tatvî

be çalışmak, onun maslahatlarının en büyüklerindendir. Bir hadisi nebevîde: (اَحِبَّانِ يَلِنْ قَلْبِكَ وَتَدْرِكَ حَاجَتَكَ اَرْحَمَ الْيَتِيمِ وَامْسَحْ رَأْسَهُ وَاطْعَمِهِ مِنْ طَعَامِكَ يَلِنْ قَلْبَكَ)

وَتَدْرِكَ حَاجَتَكَ) buyurulmuştur. Yani: Arzu eder misin ki, kal-

bin yumuşasın, kasvêtden beri olsun, matlubuna kavuşasın?. Yetimin haline acı, başını okşa, ona yediğin taâmdan yedir, bu sâyede kalbin yumuşar, münşerih olur, hacetine erersin. (Keşşafül'kına, Neylül'meârib.)

HACR EDİLEN SEFİHLERE AİD MESELELER :

62 — :Bir çocuk, sefih olarak bâliğ olsa mehcuriyyeti kesb-i rüşd edinceye kadar devam eder. Rüşdü tahakkuk etmedikce malları kendisine verilemez. Bu mallarında beyi ve şıra gibi tasarrufları caiz olmaz. Meğer ki hâkim icazet versin. Bu mesele, imameyne göredir. Mecelle'de de bu kabul edilmiştir.

İmamı Âzâm'a göre bâliğ bir kimse hacr edilemez, ancak bir çocuk sefih olarak bâliğ olursa yirmi beş yaşına girmedikce malları kendisine verilmez. Bu te'dibe müstenid bir emr-i ihtiyatıdır. Bu suretle onun tebzirine, mallarını başkalarına meccanen bağışlamasına meydan verilmemiş olur. Fakat yirmi beş yaşına girince reşid olmasa bile malları kendisine verilir. Artık te'dib ümidi kesilmiş olacağından böyle bir mülâhazaya mebni mallarını kendisine vermekden imtina doğru olamaz, o bâliğ olduğu için beyi ve şıra gibi muameleleri nâfizdir.

Vaktiyle Türkiye'de bir emr-i sultaniye mebni yirmi yaşını ikmâl etmeyen bir gencin malını velisinden veya vasisinden almak için mahkemeye müracaatı ve rüşdüne dair beyyine ikamesi hâkimlerce kabul edilmezdi.

63 — : Sefih olarak bâliğ olup hâkim tarafından hacredilmeyen bir kimsenin sefahati halinde kazanmış olduğu malda tasarrufu İmam Ebû Yûsûf'e göre sahihtir. Çünkü böyle bâliğ bir sefih, hâkim tarafından hacredilmedikce bu sefihinden dolayı münhacir bulunmaz. İmam Muhammed'e göre ise bu tasarrufu sahih değildir. Zira bu gibi kimseler hâkimin hacrine mütevakkıf olmaksızın sefihinden dolayı zaten münhacir bulunurlar. (Hindiyye.)

64 — : Mehcur olan sefih, beyi ve şıra, icar ve isticar, havâle, rehn ve irtihan, tevkil, şirket gibi hazl ve ciddî müsavi olmayan muamelelerinde mümeyyiz çocuk hükmündedir. Şu kadar var ki bâliğ olan sefih velisi yalnız hâkimdir. Onun üzerinde babasının, dedesinin ve sairenin hakkı velâyetleri yokdur. Ancak hâkim münasib görürse bunlardan birini o sefih üzerine vasi nasb edebilir.

65 — : Mehcur olan sefih; hazl ve ciddî müsavi olan muamelâtında, meselâ: Nikâh, talâk, hüdût, kısas ve ukûbeti mucip bir cinayeti ikrar hu-

susunda gayri mehcür hükmündedir. Kurbet ve tâat sayılan şeyler hakkındaki vaşiiyeti malının sülüsünden muteber olur. Hac, zekât ve sair ibadetlerin vücudu hususunda da bâliğ-i âkil hükmündedir. (Kifâye).

66 — : Bâliğ olan mehcür sefihin malından zekât verilmesi icab eder. Hâkim onun malından zekât mikdarını ayırarak kendisine verir, bir eminin nezaretinde olmak üzere bu zekâtın müstahıkkine verilmesini temin eder. Tâ ki sefih bu parayı başka yere sarf etmesin.

Sefehinden dolayı mehcür olanın haccına da müsaade edilir. Fakat hâkim bunun muhtaç olduğu parayı emin, sika bir hac refikına teslim eder, onun eliyle sarf etdirir. Tâ ki israf ve tebzirde bulunmasın.

Böyle bir mehcürün vakfı bâtıldır. Bir kavle göre hâkimin izniyle olan vakfı bâtil değildir. (Reddimuhtar.)

67 — : Mehcür sefihin nafakası ve üzerine infakları şer'an vâcib olan zevcesi, evlâdı, zevil, erhâmı gibi kimselerin nafakaları kendisinin malından temin edilir. Bunlar zarûrî ve icab-i ilâhiye müstenid olduğundan bu hususda sefih ile gayri sefih müsavidir. Şu kadar var ki, böyle nafakaya müstahik olanların nafakaya muhtac oldukları beyyine ile sâbit olmak lâzım gelir. Sefih bu hususda ikrarı muteber değildir. Maamafih nafaka verileceği takdirde de bunu hâkim sefihe teslim etmez. Belki kendisi veya emini vasıtasile nafakaları bu müstahiklere teslim eder.

68 — : Sefehinden dolayı mehcür olan bir erkek «Fülân benim oğlumdur, ya babamdır, ya zevcemdir, veya mevlel atâkamdır.» diye ikrarda bulunsa tasdik olunur. Bu dört kimseden başkası hakkındaki ikrarı mu teber değildir.

Mehcür olan sefihe de «Filân benim babamdır, veya kocamdır, veya mevlel atâkamdır.» dese tasdik olunur. Bu üç kişiden başkası hakkında tasdik olunmaz. «Fülân benim oğlumdur.» demesi gibi. Çünkü bu, başkası üzerine tahmil-i nesebi müstelzimdir. Buna ise selâhiyyeti yoktur.

69 — : Sefih-i mehcürün başkasına borç veya ayn ikrarı mutlaka sahih olmaz. Yani: Bu ikrarından dolayı fekk-i hacrinden sonra da muahaze olunmaz. Ve onun bu ikrarı ne hacri vaktinde mevcut ve ne de bâdelhacr hâdis olan malları hakkında muteber olamaz, herhalde bâtıldır. (Hindiyeye, Reddimuhtar).

70 — : Mehcür bir sefih, bir mikdar para istikraz ederek bunları bütün bütün sefahet uğrunda sarf etse bu parayı mukrizine zâmin olmaz. Çünkü böyle bir mehcüre mukrizin o parayı ikraz ve teslim etmesi, onun bu itlâfına rıza gibidir. Fakat bu sefih, istikraz ettiği meblâğı kadr-i maruf olarak nafakasına sarf etmiş bulunursa hâkim o parayı onun malından mukrizine te'diye eder. Amma fazla sarf etmiş olursa hâkim nafaka mik-

darını mahsuben malından te'diye eder, fazlasını ibtâl ederek bunu muk-rize te'diye etmez. Çünkü bu fazla israfdır. (Hindiyeye, Tekmile-i Reddi-muhtar.)

71 — : Sefih-i mehcurun bir malını satması, nâfiz olmaz. Belki hâkimin icazetine mevkuf olur, hâkim bunda bir menfaat görürse icazet verir ve illâ vermez. Bu esas üzerine aşağıdaki meseleler teferru eder:

72 — : Mehcur bir sefih, satdığı malının semenini kabz etmemiş olsa bakılır: Eğer malım değerinden veya sermayesinden noksana satmamış ise hâkim bu satışa icazet verir, semeni sefihe vermekden müşteriye men'eder. Bundan sonra müşteri, semeni sefihe verib de onun elinde telef olsa bu semenden beri olamaz, bu semeni bir daha vermeğe mecbur olur. Meğer ki hâkim beyii müciz olduğu halde semenini sefihe vermekden müşteriye menetmiş olmasın. O halde müşteri semenden beri olur.

Fakat sefih, malını değerinden veya sermayesinden noksana satmış ise hâkim bu satış muamelesine icazet vermez.

73 — : Mehcur bir sefih, bir malını satıp semenini kabz ile elinde bulundursa bakılır: Eğer bu beyide bir menfaat var ise hâkim buna icazet verir, menfaat yok ise icazet vermez, semeni müşteriye red eder. Ve semen telef olmuş ise hâkim, bey'e icazet vermez, müşteri de bir şey alamaz.

74 — : Mehcur bir sefih, bir malını satıp semenini bâdelkabz muhtac olduğu masrafına sarf ile itlâf etse bakılır: Eğer beyide menfaat var ise hâkim müciz olur. Menfaat yok ise müciz olmaz, semenin mislini sefihin malından müşteriye teslim eder. Fakat sefih bu semeni muhtac olmadığı şeylere sarf ile istihlâk etmiş bulunsa hâkim beye icazet vermez, semeni İmam Ebû Yûsûf'e göre tazmin lâzım gelir, İmam Muhammed'e göre lâzım gelmez.

75 — : Bir sefih, hacredilmiş olsun olmasın başkasının bir malını kendisine tevdi ve teslim edilmemiş olduğu halde itlâf etse bedeli kendi malından tediye edilir. Elverir ki, bu itlâf bilbeyyine sâbit olsun.

76 — : Mehcur bir sefih, kabul ettiği bir vediayı şahidlerin huzurunda istihlâk etse bundan dolayı zâmin olmaz. Fakat kendisindeki bir vediayı istihlâk etmiş olduğunu ikrar eylese fil'hâl tasdik olunmayıp hacri fekkedildikten sonra kendisinden sorulur. Eğer mehcuriyyeti zamanında istihlâk etmiş olduğunu söylerse kendisine zaman lâzım gelmez. Amma hacrin fekkinden sonra hâli salâhında istihlâk etmiş olduğunu söylerse bedelini zâmin olur. (Hindiyeye.)

77 — : Mehcur bir sefih, kesb-i salâh etse de mehcuriyyeti zâil ol-

maz. Belki salâh kesbettiği hâkimin yanında tebeyyün ederse onun tarafından müneccezen = Derhal veya muallâkan hacri fek ve ref' olunur. Şöyle ki: Hâkim mehcura hitaben «Senin hacrini kaldırdım.» dese onu mehcuriyyetden derhal çıkarmış olur. «Seni kesb-i salâh etdiğinde itlâk etdim = Serbest bıraktım.» dese hacrini muallâkan fek etmiş olur. Bu mesele, İmam Ebû Yûsûf'e göredir. İmam Muhammed'e göre sefih kesb-i salâh edince mehcuriyyetden kurtulur, hâkimin fekk-i hacrine hacet kalmaz. (Hindiyye, Dürerül'hükkâm.)

(Maliki'lere göre mehcür bir sefih; talâkda, istilhâk-ı nesebde veya nefyi nesebde bulunsa müstevledesini azâd etse, veya kısası mucib bir cinayetde bulunsa veya kendisine aid, amde mukarın bir kısas hakkını af ile iskât eylese veya ukûbeti mucib bir fiili ikrar eylese muteber olur, velisi bunları reddedemez. (Şerh-i Kebir.)

(Şafiî'lere göre de sefihin hadde, kısasa, talâka, hül'e, zihâre, nefyi nesebe aid ikrarı sahihdir. İbâdet-i vâcibe hususunda da reşid hükmündedir. Zekâtını velisinin izniyle ayırır, farize-i haccini iytâ edecek olunca da velisi lâzım gelen masrafları yapmak için iktiza eden parayı bir sika-ya verir, onun vasıtasıyla infakını temin eder, velev ki bir ücret mukabilinde olsun. Meğer ki yol pek yakın olup paranın kendisine verilmesini velisi muvafık görsün, o halde kendisine de verilebilir.

Fakat sefih, tetavvü tarikiyle verilen sadakalar gibi ibâdât-ı mesnûne hususunda reşid gibi değildir.

Sefihin nikâhı velisinin izniyle sahihdir. Fakat muaveze-i maliyye kabîlinden olan tasarrufları velisinin izniyle de sahih değildir. Eşah olan kavl budur. Çünkü onun sözleri, emval hakkında meslûbdür, muteber değildir.

Sefihin ayı ve deyn hakkındaki ikrarı da sahih değildir. Bir malı itlâf etdiğine dair ikrarı da ezher olan kavle göre zâhiren sahih değildir. Fakat hakikaten itlâf etmiş ise zamanı batnen lâzım gelir. Kezalik: Hali sefehinde itlâf etmiş olduğunu reşid olduktan sonra itiraf etse bu halde kat'iyen zaman lâzım gelir. (Tuhfetül'muhtac.)

HACREDİLEN MEDYUNLARA VE MÜFLİSLERE AİD MESELELER :

78 — : Bir medyûn, borcunu ödemekte mûmatale gösterdiği veya müflis bulunduğu takdirde dâyin, o medyûnun hacr edilmesini ve malının satılarak semeninden alacağını ödenmesini hâkimden isteyebilir. Bunun üzerine hâkim medyûnu hacredebilir. Tâ ki dâyini daha ziyade zara sokmasın.

Fakat medyûnun hacr edilebilmesi için evvelâ iflâsına hükm edilmek şarttır. İflâsına hükm edilmeden hacr edilmesi bilittifâk sahih değildir. (Kifâye, Reddimuhtar.)

79 — : Bir şahsın borcundan dolayı hacr edilebilmesi için o borcun beyyine ile sâbit olması lâzımdır. Medyûn ihtifa ederse dâyin, alacağını vekili müsehhâr muvacehesinde isbât edebilir. Bunun üzerine hâkim, hacre karar verebilir.

Hâkim, medyûnun hacrine işhadda bulunur. Yani: Şahidlere der ki: Bu şahsı veya fülân oğlu fülânı, fülân kimseye borcundan dolayı hacr eddim. Bu işhad herhalde şart değildir. Ancak inkâr vukuuna meydan verilmemesi için mendubdur. (Hindiyye.)

80 — : Borcundan dolayı hacrine hüküm edilen medyûn, malını bizzat satıp da borcunu ifadan imtina ederse hâkim onun malını bizzat veya emini vasıtasile satarak borcunu öder. Şöyle ki, bu medyûn hazır bulunursa hâkim bunun hakkında satılması ehven olan malından başlar, sonra da binnisbe ehven olanları takdim eder. Meselâ: Nükûdu var ise evvelâ buna müracaat edilir, nükûdu bulunmaz veya borca kifâyet etmezse urûzu satılır, urûzu da kifâyet etmezse akarı satılığa çıkarılır.

Borclu gaib olursa hâkim onun borcu için urûzunu ve akarını sata-
maz. Çünkü bu takdirde gaib üzerine hüküm lâzım gelir.

Bu mesele, imameyne göredir. İmamı Âzam'a göre medyûnun malını hazır olsun olmasın hâkim satamaz. Çünkü hür bir kimse borcundan dolayı hacr edilemez. Belki hâkim medyûnu cebr ve hapis ile sıkışdırır, tâ ki malını kendisi satıp borcunu ödesin.

81 — : Bir alacaklı, yukarıdaki mesele vechile medyûnu hacr ettirmekle onun malı üzerindeki bir gûna imtiyaz kazanmış olmaz. Sair kimse-
ler de o medyûnda alacakları olduğunu beyyine ile isbât edince onun satılacak malının semeninden hisselerini alabilirler.

82 — : Medyûn, zengin olduğu halde borcunu vermekden müctenib veya müflis, yani: Borcları malına müsavî veya malından ziyade olub dâ-
yinler, onun ticaretle malının zayı olmasından veya malını kaçırmamasından veya malını muvazaa yoliyle başkasının üzerine geçirmesinden korkarak hâkime müracaatla malında tasarrufdan veya başkasına borcunu ikrarından hacr olunmasını talep ederlerse hâkim o medyûnu hacr eder. Fakat böyle bir talep bulunmazsa hâkim bir kimseyi borcundan dolayı hacr edemez.

83 — : Bir medyûn hakkındaki hacr, onun hibe, hediye, sadaka, ma-
lını semeni mislinden noksanına beyi gibi alacaklılarının haklarını ibtâle müeddi olacak tasarruflarına tesir eder.

Binaenaleyh bir mehcür medyûn-i müflisin hukuk-ı guremâyâ muzir olan akdleri ve sair tasarrufatı kavliyyesi, teberruatı, borc ikrarı ilk hacri vaktinde mevcut olan malları hakkında muteber olmaz. Çünkü bunlara garimlerinin hakları taallûk etmiş olur. Fakat bu hacri müteakib veya bu hacr fekkedildikten sonra kazanacağı malları hakkında tasarrufatı ve baş-

kaca borc ikrarı muteberdir, nafizdir. Zira medyûnun hacri, yalnız ilk anı haricinde mevcud olan mallarına tesir eder, hacri esnasında veya hacriüden sonra kazanacağı, temellük edeceği mallarına tesir etmez, bunlara garimlerinin hakkı taallûk etmiş bulunmaz. (Hindiyye, Surretü'l'fetavâ, Mecmaül'enhür.)

Böyle bir medyûnun ilk hacri halinde başkasına borc ikrarı mevcud garimlerine tesir etmezse de kendi hakkında nâfiz olacağından hacrin zevâlınden sonra muteber olur, zimmetine terettüb etmiş bir borc olarak kalır, kendisine aid olacak bir malından ödenmesi icab eder.

84 — : Müflisin malları borclarına kâfi olursa her alacaklısına alacağı tamamen verilir. Malları borclarına kifâyet etmediği takdirde ise her alacaklıya alacağı nisbetinde hisse verilir ki, buna «Kısmet-i gurema» denir.

Borcların hepsi de muaccel ise her alacaklıya derhâl hissesi verilir. Bir kısmı muaccel, bir kısmı da müeccel ise mevcud mal, alacakları muaccel olan dâyinlere taksim olunur, sonra müeccel borcların vakitleri hülûl edince sahibleri hisseleriyle alacakları muaccel bulunmuş olan dâyinlere müracaat eder, onların kabz etmiş oldukları mikdara hisseleri nisbetinde iştirâk ederler.

Bundan deyûnü mümtaze müstesnadır. Şöyle ki: Bir kimse satın aldığı bir malı henüz kabz etmeden müflis olsa semenini verinceye kadar bu malı haps etmeğe satanın hakkı olur. Bu surette bâyi, sair alacaklılara dahil olmaz, onun alacağı bir mümtaz borc bulunur.

Kezalik: Bir kimse bir malını rehin bırakarak mukabilinde para veya eşya almış olsa da bâdehû iflâs-etse bu rehne mukabili olan borc ödenmedikçe sair alacaklılar iştirâk edemezler. Bu bir mümtaz borc bulunur. (Hindiyye, Abdülhalim fetavâsı).

85 — : Medyûn-i müflisin malları hâkim tarafından satılıb semenleri gurema arasında taksim edilecek olunca kendisine bir veya iki kat münasib elbise terk olunur. Şu kadar var ki, bu medyûnun kıymetli elbisesi olup da aşağısıyla iktifa etmesi kabil bulunursa o elbise de satılır, parasından kendisine bir kat ucuz elbise alınır, bâkisi de yine garimlere verilir.

Kezalik: Bu medyûnun bir konağı olup madûniyle iktifası kabil bulunursa o konak da satılır, semeninden haline göre bir mesken alınır, geri kalan parası alacaklılara verilir.

86 — : Müflis olan bir medyûnun mehcuriyyeti müddetince gerek kendisi ve gerek üzerine nafakaları lâzım gelen evlâd ve iyâli kendisinin malından infak olunurlar. Çünkü medyûnun havayic-i asliyyesi, guremânın haklarından mükaddemdir.

Teelhül de havayic-i asliyyedendir. Binaenaleyh mehcür bir medyûn,

bir kadını mehr-i misliyle tezevvüc etse bu kadın da bu mehriyle sair alacaklılara iştirâk eder. (Hindiyye.)

87 — : Mehcur bir müflisin malları hâkim veya emini tarafından satılınca uhde-i beyi = Hukuk-ı akd, medyûne aid olur. Binaenaleyh bu satılan mallardan biri bil'istihkak zabt edilse müşteri vermiş olduğu semeni ile medyûna rücu eder, yoksa hâkime veya eminine rücu edemez. (Molla Miskîn.)

88 — : Bir medyûn mehcur olmadıkca borclarından herhangi birini diğerine takdimen tediye edebilir. Velew ki diğer bir borcundan dolayı mahbus bulunsun. Çünkü dâyinlerin alacakları onun malına değil, zimmetine taallûk etmiştir. Fakat hacr edildikten sonra dâyinlerden bazıların alacağını tercihan tediye edemez.

Kezalik: Bir medyûnun hükm altına alınan borclarından dolayı malları hâkim tarafından satılrsa hâkim, bu borclardan birini diğerine takdim edemez. Belki elde edilen semeni bu borclara garameten taksim eder. (Surretü'l'fetavâ).

(Maliki'lere göre de medyûnlara, müflislere dair şu gibi meseleler vardır):

(1) : Bir dâyin, borcu malından zâid veya malına müsavi olan medyûnunu malında hibe, sadaka, vakf, karz, itâk gibi teberruatdan menedebilir. Ve başka alacaklılarına daha zamanı hülûl etmeden tediyeatda bulunmadan menedebilir. Çünkü bu selefden, müecceli tacilden madûd olduğu için teberrua râcidir. Ve elindeki bütün emvâlini borclularından birine tahsis etmesine de mani olabilir. Velew ki bunun tediye zamanı hülûl etmemiş olsun.

(2) : Malı borcundan fazla olmayan bir medyûn, oğlu, kardeşi, zevcesi, sadık-ı hassı gibi kimselere borc ikrarı, muhtar olan kavle göre sahih olmaz. Bunlara kalben mütemâyil olduğundan ikrarında müttehem bulunur. Fakat böyle müttehem olmayacağı kimselere deyn ikrarı muteberdir, eğer diğer garîmlerinin alacakları da beyyine ile değil, medyûnun ikrarıyla sâbit ise.

(3) : Dâyin, medyûnunu seferden menedebilir. Meğer ki sefer müddeti içinde borcun tediye zamanı hülûl etmeyecek olsun veya borcu ödemeğe zengin kefil göstersiz.

(4) : Borcu emvâlinden noksan olmayan bir medyûn, eğer hali sihhatde ise alacaklarının zamanı hülûl etmiş olan garîmlerinden bazılarına elindeki malının bir mikdarını verebilir. Ve bu medyûn, garîmlerinden bazılarına tahaddüs eden yeni bir muameleden dolayı dermeyan edilen bir şartta mebni malından bir şey rehin de verebilir. Elverir ki bu hususta müttehem bir vaziyette bulunmasın. Meselâ: Kendi iyâline terhin etmesin veya az bir borc mukabilinde fazla bir mal terhinde bulunmasın.

Mariz olan böyle bir medyûnun bu itâ ve terhininde ise ihtilâf vardır.

(5) : Borcu emvâlini muhît olan bir şahsın bir defa evlenmesi caizdir. Müteaddid evlenmesi ve tetevvuan hac etmesi ise caiz görülmemektedir. Hattâ İmam Malike göre bu medyûn, fârize-i hacdan da memnudur. Muh-tar olan da budur.

(6) : Borcu emvâlini ihata eden bir medyûnu garîmleri hapis etdire-bilirler. Ve kendilerinden saklandığı takdirde kendisiyle emvâli arasına haylûlet ederek onu teberruatdan beyi ve şıra gibi tasarrufatı maliyyeden ve tezevvüden menedebilirler. Ve mevcut emvâlinin hisseleri nisbetinde taksim etdirebilirler.

(7) : Müflis veya müteveffa bir medyûnun garîmleri, kendilerinden başka alacaklı bulunmadığına dair beyyine ikame etmekle mükellef olmaz-lar. Ancak mevt suretinde müteveffa borclu olmakla maruf ise hâkim bir müddet intizar eder, başka alacaklılar da zuhur eder mütaleasiyle tereke-sini hemen taksim etmez.

(8) : Hâkim, müflisin malını onun huzurunda şartı hiyar ile satar. Bu mendubdur. Hâkim, kendisine muhayyerliki şart koşmazsa garîmler ile müflisden her biri bu bey'i on güne kadar red edebilirler. Çünkü o ma-lı daha ziyadeye almaya talib zuhur edebilir.

Müflisin kitablari da, kıymetli libasları da satılabilir. San'atına aid âletlerin satılması hususunda ise Abdülhamidissayı tereddüde bulunmuş-dur. Maamafih bu âletler kıymetli olup müflisin bunlara ihtiyacı bulun-mazsa bunlar da mutlaka satılabilir.

Müflisin malı elinden alınmakla beraber bakiyye-i düyûnunu ödemek için kesb ve ticarete atılmaya mecbur tutulmaz. Velew ki buna kâdir ol-sun. Çünkü borcları zimmetine taallûk etmiştir. Mesaisine değil.

(9) : Müflisin masrafa mütevakkıf olan hayvanları ve az bir müddet içinde bozulacak sair malları fazla beklenilmeksizin satılabilir. Akarı, uru-zu ise fazla bir fiat ile müşteri zuhuruna intizaren iki ay kadar bir müd-detle ilân edilir. Bunlar satılınca da semenleri dâyinlere alacakları nisbe-tinde taksim edilir.

(10) : Medyûnun vefatiyle veya iflâsına hâkimin hükm etmesiyle mü-eccel olan borcları da muaccel olmuş olur. Meğer ki medyûn, vefatiyle ve-ya iflâsiyle borcunun hulûl etmeyeceğini dâyne karşı şart koşmuş olsun.

(11) : Bir medyûnun iflâsına hükm edilince artık teberruatı, tasarru-fatı maliyyesi memnu bulunur. Bunları yaparsa bâtil olmaz. Belki garîm-lerinin icazetlerine tevakkuf eder. Garîmler bilittifak icazet verirlerse nâ-fiz olur. Garîmlerin red ve imza hususunda ihtilâfları takdirinde ise hâki-min re'yine mütevakkıf bulunur. Hulu'talâk, kısas, kısasdan veya hâdden af gibi tasarrufatı ise muteberdir.

(12) : İflâsına hükm edilen şahs, hükm meclisinde veya o meclisi mü-teakib başkasına da borclu olduğunu ikrar etse bakılır: Eğer sair garîm-

lerine olan borcu beyyine ile değil, kendi ikrariyle sâbit bulunmuş ise bu yeni ikrarı da muteber olur, ve illâ guremâ hakkında muteber olmaz, kendisinin zimmetinde ayrıca bir borc olur.

(13) : Medyûnun malı vefatından veya iflâsına hükmünden sonra satılıp bâdelkısma bir garim daha zühur etse bu da hissesiyle sair garimlere müracaat eder.

(14) : Medyûnun iflâsından evvel satılan bir malına iflâsından sonra bir müstahik çıksa bu da sair garimler gibi medyûnun mevcut emvâlin-den hisse alır, emvâli taksim edilmiş ise hissesiyle garimlere müracaat eder. Fakat bu mal, medyûnun iflâsına hükmünden sonra satılıp bâdelkısma müstahik zühur etse müstahik, bunun tam semenini garimlerden alabilir.

(15) : Dâyin, medyûnun hanesinin, mağazasının, mahzeninin teftiş edilmesini talep ederse hâkim, bir kavle göre buna icabet etmez. Medyûnun yalnız cebleri, kesesi, koynu teftiş olunabilir. Çünkü bu, binnisbe hafifdir.

(16) : İflâsına hükm edilen medyûna malından mâbihil'hayatı olan erzakı ve infaklariyle mükellef olduğu kimselerin nafakaları ve mûtad vec-hile kisveleri — maişetini temin edeceği zannedilen bir vakte kadar — terk edilir. Fakat yapmış olduğu mezâlimden dolayı zimmeti düyûna müstağrak olan bir şahs için yalnız kendisinin seddi ramak edeceği, yani: Ac-lığını gidereceği kadar bir şey terk edilir, başka bir şey terk edilmez.

(17) : İflâsına hükm edilen şahsın bir san'atkâr yanında yapılmak üzere vermiş olduğu bir malı bulursa bu mal, ücret-i imâliyyesi verilmedikçe vârisler veya garimler tarafından alınamaz. Bu rehin mesâbesindedir, buna san'atkâr, başkalarından ehakdır. Fakat bu malı o şahsa evvelce teslim etmiş bulunursa bunu istirdad edemez. Belki bunun ücreti hususunda garimlere dahil olur, onlar gibi hisse alır. Şâyed bu yaptığı şeye kendi tarafından bir şey de ilâve etmiş ise bunun kıymeti hususunda guremaya iş-tirâk eder. (Muhtasar-ı Ebizziya, Şerh-i Kebîr, Hâşiye-i Düsûkî).

(Şafiî'lere göre de müflis olan medyûnlar hakkında şu gibi hükmler vardır) :

(1) : Medyûn olan müflis, hâkim tarafından hacr edildikten sonra bir malını satsa, hibe veya vakf etse veya kiraya verse veya rakikini azâd et-se bakılır: Eğer bunlar borcundan fazla kalırsa nâfiz olur, kalmazsa lâğv olur. Ezher olan bu muamelelerin derhal bütlanıdır. Çünkü bunlara bu halde garimlerin hakları taallûk etmiştir.

(2) : Mehcur olan müflis, malını kısmen veya tamamen borcu mukabilinde garimlerine satsa hâkimin izni olmayınca bâtil olur. Fakat zimmetinde borc olacak tasarrufları, meselâ Borc para alması, hane isticar et-mesi, tehhülde bulunması sahihtir. Çünkü bunlar kendi zimmetinde ayrıca borc olur, guremânın haklarına sirayet etmez.

(3) : Mehcur olan müflis, elindeki bir aynın başkasına aidiyyetini ik-

rar etse veya hacrinden evvel zimmetine terettüb etmiş bir borcu itirafda bulunsa ezher olan, bunun garimleri hakkında makbul olmasıdır. Artık mukarrünleh, o aynı alabilir, borcda da sair garimlere müzahim olur, onlara tekaddüm edemez.

(4) : Medyûnun hacri, bâdelhacr kazanacağı mallara da sirayet eder. Meselâ: Ticaret, san'at, vasiyyet, veresiye satın almak gibi bir sebeble elde edeceği mallar da mehcür bulunur.

(5) : Hâkim, bâdelhacr, müflisin mallarını hacet mikdarına göre satmaya başlar, semenini garimleri arasında alacakları nisbetinde taksim eder, bu hususda tehir ve isticâl göstermez. Evvelâ bozulması çabuk olan malları satar, sonra hayvanları, daha sonra menkûlleri, daha sonra da akarları satar.

Bunlar, bulundukları beldenin parasiyle ve semeni misilleriyle satılır. Bunlar satılırken müflisin veya vekilinin ve garimlerin veya naiblerinin hazır bulunmaları mendubdur. Her mal, kendisine mahsus çarşı ve pazarda satılır. Çünkü onun talibleri orada daha ziyade bulunur

(6) : Müflisin malları satıldıkça bedelleri guremâ arasında taksim edilir. Meğer ki cüz'i bir şey olsun. O halde diğer malların satılmasına irtizaren bu bedel derhal taksim edilmez.

Garimler hisselerini aldıkları zaman kendilerinden başka garim bulunmadığını isbât ile mükellef tutulmazlar. Çünkü hacr hâdisesi, iştihar eder, başka garim bulunsa zuhur eder. Maamafih bilâhare başka garim zuhur etse hisseleriyle evvelki garimlere rücu eder, onların aldıklarından bir nisbet dahilinde hisse alır. Bir kavle göre de evvelce yapılan kısmet, bozulur.

(7) : Garimin matlûbu olan şey, nakid cinsinden, nev'inden olmaz, kendisi de bunun mukabilinde nakid almaya razî bulunmazsa alacağı şey, satın alınarak kendisine verilir, bu vâcibdir. Meğer ki o şey, selem bir zimmete taallûk edib kendisinden itiyaz kabil olmasın. O zaman o matlûb, nakd ile tesviye edilir.

(8) : Hâkim, müflise ve üzerine nafakaları vâcib olan kimselere müflisin malından bu mal taksim edilinceye kadar mu'sirlere mahsus bir tarzda sarf eder. Meğer ki müflisin kazancı olup böyle bir nafaka almaktan müstağni bulunsun.

(9) : Müflisin muhtac olsa da meskeni, hâdimi, râkib olduğu hayvan borcu için satılır. Esah olan da budur. Çünkü hakk-ı âdemîde darlık vardır. Bunu temin elzemdir. Mesken ve saire icare ile de tedarik edilebilir.

(10) : Bir kimse, bir şahsa bir malını satıp da semenini henüz almadan o şahs ölse veya onun iflâsına hükm edilse o kimse, hükme muhtac olmaksızın bey'i feshederek malını istirdad edebilir, buna guremâ iştirâk edemezler ve semeni verib feshe mani olamazlar. Çünkü bâyi olan o kim-

se, bunların minneti altında kalmak istemeyebilir ve başka garimlerin zuhuru da melhuzdur.

(11) : Müflisin hacri, mallarının satılıb garimlerin arasında kısmet edilmekle veya garimlerin ittifaklarıyla münfek olmaz. Çünkü başka garim zuhuru da muhtemeldir. Belki onun başka malı tebeyyün etmeyince hâkim tarafından hacri fekkedilir. (Tuhfetül'muhtac.)

(Hanbelî'lere göre de borcundan dolayı hacr edilen bir müflis hakkında şu gibi ahkâm terettüb eder):

(1) : Müflis bir medyûn hacr edilince mallarına guremânın hakları taallûk eder. Artık mevcut malı hakkında ikrarı kabul edilmez ve bunlarda beyi, sadaka, itâk gibi tasarrufları sahih olmaz. Hattâ verâset, vasiyet, hibe gibi bir sebeble eline yeniden bir mal geçse bu da hacr zamanında mevcut imiş gibi sayılır, kendisine kablelhacr lâzım gelen bir hak, bâdelhacr beyyine ile sâbit olsa sahibi şair garimlere iştirâk eder.

(2) : Hacr edilen müflisin elinde başkasından satın almış veya isticar veya istikraz etmiş olduğu bir ayın bulunsa sahibi eğer onun mecurriyyetini bilmeksizin kendisine teslim etmiş ise guremâdan ehak olarak onu aynen istirdad edebilir. Velêv ki bu ayın, bir aralık başkasına satılmak gibi bir sebeble müflisîn elinden çıkıp sonra fesh ve iştirâ gibi bir sebeble yine eline geçmiş olsun.

(3) : Hacr edilen müflisin mallarını hâkim, guremâsının talebine binaen satarak aralarında hisselerine göre bilâ tehir taksim eder. Çünkü tehir, mûmataledir, bunda garimlere zulüm vardır.

Medyûnun malı nükûd kabilinden olup medyûnların alacakları da nükûddan ibaret olunca bu nükûk garimlere tevzi edilir. Satmaya hacet kalmaz.

Hâkim, müflisin nükûd kabilinden olmayan mallarını satar, bu hususta müflisden istizana muhtac olmaz. Şu kadar var ki, satış zamanında müflisin veya vekilinin ve garimlerin hazır bulunmaları müstehebdir.

Müflisin malları lâyük oldukları yerlerde müzayede ile satılır.

(4) : Hâkim, müflise muhtac olduğu hanesini, hâdimini, elbisesini, san'at âletlerini terk eder. Meğer ki bunların ayinleri dâyinlere aid olsun.

Hâkim, müflis ile nafakaları üzerine lâzım gelen kimselere müflisin malından kısmet-i guremâdan fariğ oluncaya kadar maruf mikdar sarfiyatda bulunur. Müflisin kazancı bu nafakaya kâfi gelirse malından nafaka için böyle bir şey ifrazına lüzum kalmaz. Kazancı kifayet etmezse mütebâkisi malından ikmâl edilir.

(5) : Müflisin borclarının bir kısmı müecce'l olsa sahibleri bu kısmet esnasında guremâyâ dahil olamazlar. Kendileri için mevcut maldan bir şey tevkif edilmez ve bunlar bilâhare garimlere de müracaat edemezler. Fakat alacaklarının zamanı kısmetden evvel hulûl ederse guremaya müşareketde bulunurlar. Çünkü bunlarda bu takdirde guremaya müsavi bir durumda bulunmuş olurlar

Bunların alacaklarının zamanı, müflisin malının bir mikdarı kısımet edildikten sonra hulûl etse mütebâki malda güremaya ortak olurlar.

(6) : Hacr edilen bir müflisden mutalebe münkati olur. Artık ondan kimse yeniden bir şey taleb edemez. Garimler buldukları malları aralarında hisselerine göre alırlar, başka bir şey isteyemezler.

Resûl-i Ekrem Sallallâhü Taâlâ Aleyhi Vesellem Efendimiz, ashab-ı kiramdan Muâz Hazretlerinin borcundan dolayı mallarını güremaşı arasında taksim etmiş ve bu garimlere hitaben : (خذوا ما وجدتم ثم ليس لكم الا ذلك)

buyurmuşdu. Yani: Bulduğunuzu alınız, sonra size bundan başka yoktur.

Binaenaleyh bir müflisden hacri halinde artık başka bir hak istenebilir. Hattâ bu müflise bu hacri halinde bir kimse bir mal satsa veya bir şey ikraz etse hacri münfek olmadıkça bedelini taleb edemez. Çünkü o kimse, böyle bir müflis ile muamelede bulunmakla malını kendisi itlâf etmiştir.

(7) : Medyûn ölünce zimmetindeki müeccel borc, muaccel olmuş olmaz, zamanı hulûl etmedikçe istenilemez. Şu şart ile ki, vârisler veya başkaları bu borc ile terekeden hangisi daha az ise o nisbetde borcu rehn ile veya zengin kefil ile tevsik etsinler. Böyle tevsik kabil olmazsa müeccel borc da muaccel olur, terekeden derhal alınabilir. (Keşşafül'kına, Neylül'meârib.)

MEDYUNLARIN HAPS EDİLİB EDİLEMEMESİ :

89 — : Bir kısım medyûnlar, hâkim tarafından gösterilecek lüzûma mebni ihkak-ı hak maksadiyle bir müddet haps edilebilirler. Bunun cevazında şüphe yoktur. Elverir ki lüzûmsuz yere olmasın.

90 — : Müflis bir medyûn, mu'sir olub malı zuhur etmediği cihetle alacaklıları tarafından haps edilmesi istenilse, birer akd ile iltizam etmiş olduğu istikraz, kefâlet, mehr-i muaccel gibi hususlardan dolayı hâkim tarafından haps edilebilir. Haps edildikten sonra hiç bir malı bulunmadığını beyyine ile isbât ederse sebili tahüye edilerek hali yesârine intizar olunur. Beyyine ikame edemediği takdirde hâkim, tetkikat icra eder, malı zuhur etmez, mûsir olduğu anlaşılmazsa yine serbest bırakır. (Cevhere).

91 — : Borclarından dolayı haps edilenler, bir rivayete göre bir veya dört veya altı ay müddetle haps edilirler. Sahih olan, bunu takdir ve tâyin, hâkimin re'iyine müfeyvezdir. Çünkü bu hususda nâsın ehvâli muhtelifdir. (Hidâye).

Fil'hakika hapisden maksad, mahbusun müzdaribül'kalb olub malı var ise borcunu ödemesinden ibaretdir. Bu ise nâsın ihtilâfiyle muhtelif olur. Bir müddet hapsden sonra, «Eğer malı olsa idi borcunu verir de bu

ızdırabdan kurtulurdu.» diye hâkime bir zann-ı galib husûle gelirse mahbusu komşularından, halinden haberdar olanlardan soruşturur, zengin olduğu tebeyyün etmezse sebilini tahliye eder.

92 — : Borcundan dolayı mahbus hakkında iki şahid, hâkimin huzurunda onun borcunu vermeğe kâdir olduğuna şahadet ederlerse hâkim, onun hapsini idâme eder. Fakat «Bu, kesirül'iyâldir, dar hallidir.» derler se hapsden çıkarılır. (Reddimuhtar).

Şu da bilinmelidir ki, hâkimin bir müddet sonra mahbus medyûnun halini soruşturması, bir ihtiyata mebnidir. Ve illâ «Eğer malı olsa idi borcuna verirdi.» diye hâkime bir zann-ı galib husûle gelecek bir müddet geçdikden sonra medyûnu salı vermek hâkime vâcib olur. Meğer ki müddei, medyûmun yesârine beyyine ikame etsin.

93 — : Hâkim, medyûnu haps etmeden evvel halini suâl edib mu'sir olduğuna dair ikame edilecek beyyineyi kabul eder mi, meselesinde İmam Muhammed'den muhtelif rivayetler vardır. Bir rivayete göre kablelhaps beyyineyi kabul eder. Muhammed İbnül Fâdil, İsmail İbni Hemmâd ve saire bununla fetvâ vermişlerdir. İmam Şâfiî ile İmam Ahmed'in kavilleri de böyledir. Fakat bir çok zevata göre kablel'haps beyyine kabul edilmez. İmam Malik'in kavli de böyledir. Esah olan da budur. Çünkü isâr beyyinesi, nefi' üzerine beyyinedir. Böyle bir beyyine bir müeyyide ile teeyyüd etmedikce kabul edilmez. Bir müddet haps hali ise bir müeyyide demektir. Çünkü zâhir olan şudur ki, eğer onun malı olsa idi hapishane sıkıntısına tahammül etmezdi. (Reddimuhtar).

94 — : Mahbus olan medyûn, kendisinin mu'sir olduğunu bilmediğine dair müddeiden yemin etmesini isteyebilir. Bu halde müddei tahlif olur. Yemininden nükûl ederse medyûnun sebili tahliye olunur. Yemin ederse medyûnun hapsi idâme edilir. Meğer ki medyûn, bilâhare fakir düşdüğüne dair beyyine ikame etsin. (Fethül'kadir.)

95 — : Medyûn ile dâyin ihtilâf edib medyûn, isârine, dâyin de onun yesârine dair beyyine ikame edecek olsa yesâr beyyinesi kabule ehak olur. Çünkü yesâr ârizdir. Beyyinelerde âriz olan ziyadeyi isbât içindir. Ancak medyûn, kendisine bu yesârdan sonra isâr âriz olduğunu iddia ederek sebebi isârini beyan, şahidleri de buna şahadet ederlerse medyûnun beyyinesi takdim olunur. Çünkü bu beyyine, bir emri ârizi müsbit bulunur. (Fethül'kadir, Dürrümuhtar.)

96 — : Medyûmun fakir olup olmadığı tebeyyün etmese haps edildikce iflâsı üzerine ikame edeceği beyyine kabul edilmez. Ekseri fukaha buna kâildirler. Çünkü bu beyyine nefi' üzerinedir, bu nefi', haps ile teeyyüd etmedikce hakkında beyyine istimâ edilemez. Bazı fukahaya gö-

re, haps edilmeden evvel de beyyinesi kabul edilebilir. Bu hususda, rey, hâkimindir.

İsâr beyyinesi kabul edilmek için şahidlerin medyûn hakkında «O kesirül'iyâldır, ziykul'hâldır.» demeleri lâzımdır. «Onun malı yokdur.» demeleri kâfi değildir. Böyle demeleri kabul edilmez. (Reddimuhtar.)

97 — Müddeinin hakkı velev ki pek cüz'î olsun hâkimin huzurunda beyyine ile veya medyûnun yemininden nükûliyle sâbit olunca talebine mebni medyûn derhal haps edilir. Çünkü bu hakkı inkâr ile mumatalesi zâhir olmuş olur. Meğer ki fakr-i hâli zâhir olsun. Fakat hak, medyûnun ikrariyle sâbit olursa hapsi tâcil edilmez, belki borcunu vermesi kendisine emr olunur. Edadan imtina ederse o zaman haps edilir.

İmam Serahsî'nin beyanına göre borc beyyine ile sâbit olursa medyûn derhal haps edilmez. İkrariyle sâbit olunca heman haps edilebilir. Çünkü beyyine suretinde medyûn, kendisinin borcunu bilmediğini iddia edebilir. İkrarda ise böyle bir iddiaya mahal yoktur. Borcunu bildiği halde ödemediğinden dâyni şekvâya muhtac etmiş olur.

Diğer bir kavle göre de borc gerek beyyine ile ve gerek ikrar ile sâbit olsun hâkim, hemen haps cihetine gitmez. Belki medyûna borcunu ödemesini emr eder, ödemekden imtina ederse o zaman haps edilebilir. (Reddimuhtar.)

98 — : Hapsi istenilen medyûn, uruz kabilinden olan malını satıp borcunu ödeyeceğini söylerse hâkim kendisine üç gün mühlet verir, haps etmez. Satacağı şey akar olursa velev az bir şey ile satıp borcunu ödeyinceye kadar haps edilir.

99 — : Mahbus olanlar, kendi hesaplarına beyi ve şiradan, hibeden, sadakadan, ikrardan ve bu gibi sair tasarrufatı şer'iyeden men edilirler. Maamafih böyle bir tasarrufda bulunsalar nâfiz olur. Garimleri bu tasarrufatı iptâl etmek velâyetini haiz değildirler. Çünkü mücerred hapis, tasarrufata ehliyyetin butlanını icab etmez. İmamı Âzam'a göre garimler, bu tasarruflardan men'i taleb etseler de hâkim, onlara icabet etmez. İmameyne göre icabet eder. (Bedâiy.)

100 — : Mahbus olan bir medyûn, dâynin gıyabında borcunu ihzar ederek ödemek isteyince hapsine nihayet verilir.

Kezalik : Mahbus, borcunu ihzar ettiği halde dâyin, hapsin uzanmasını dileyerek gaib olsa hâkim, borcu ve onun mikdarını bilince onu veya borca veya medyûnun nefisine kefil alarak sebilini tahliye eder.

101 — : Hâkim, mahbus olan medyûnun halinin tetkik, münasib gördüğü kimseden suâl edebilir. Malı olmadığı zâhir olunca bilâ kefil tahliye edebilir. Artık ne o borcundan, ne de başka borcundan dolayı haps edi-

lemez. Meğer ki zengin olduğunu alacaklısı' isbât etsin.

Hâkim, böyle fakir olan medyûnu kefil almaksızın hapisden çıkarırsa da bundan yetime, vakfa ve gaibe aid olan alacaklar müstesnadır, bunlardan dolayı kefil almak lâzımdır. (Dürrimuhtar.)

102 — : Medyûn mu'sir olduğunu, dâyin de onun yesârini iddia ettiği halde ikisi de beyyine ikame edemese söz, bazı fukahaya göre medyûnundur, hapsi cihetine gidilmez. Çünkü insanlarda fakr-i hâl, asldır, zenginlik ise ârizdir, zâhiri hal, medyûna şahiddir. Binaenaleyh yeminiyle tasdik olunur. Bazı fukahaya göre de söz dâyinin olur. Zira bir hadis-i şerif'te (*إِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَالْإِسَانُ*) — Hak sahibi için el ve dil vardır. » diye buyurulmuştur. Bazı fukahaya göre de medyûnun kıyafetine bakılır, kıyafeti zengin kıyafeti ise söz dâyininindir, fakir kıyafeti ise söz medyûnundur. Ancak medyûn, fukahadan, eşrafdan, Hazreti Ali'nin ensâli kiramundan ise onun kıyafeti hükme medar olamaz. Çünkü onlar fakir de olsa kıyafet hususuna itina ederler. (Bedâî).

103 — : Bir kimse, bir malın bedelinden veya bir akd ile iltizam eylediği herhangi bir borcundan dolayı haps edilebilir. Meselâ: Bir kimse, satın aldığı bir malın semeninden, kiralamış olduğu bir malın ücretinden, borc almış olduğu bir paradan, kefaletle iltizam ettiği bir şeyden dolayı haps edilebilir. Kezalik: Teslimine muktedir olduğu herhangi lâzimütteslim bir ayinden dolayı da haps edilebilir. Magsubun aynı gibi.

Kezalik: Bir kimse, yesâri beyyine ile sâbit olduğu halde zevcesine veya müstahik olan usûl ve fûruuna infakdan imtina etse talepleriyle haps edilir.

Fakat bir kimse, fûrûuna, yani: Evlâdına, evlâdının evlâdına olan borcundan dolayı haps edilemez. Belki hâkim, o kimsenin malından bunların alacaklarını öder. Bu hususda menkûl malları gibi akarını da satabilir. Bu imameyne göredir. Müftabih de budur. İmamı Âzama göre hâkim, bunların hiç birini satamaz. (Dürrimuhtar.)

104 — : Bir kimse, şu hususlardan dolayı haps edilemez:

(1) : Bir kimse, gasb ettiği bir malı istihlâk ettiği halde bedelinin ödemekden âciz olduğunu iddia etse haps olunamaz. Bunun istihlâkiyle elinde bir şey kalmamış olduğundan hapse mahal yoktur.

(2) : Bir kimse, elindeki emanet bir malı ve emsâlinin itlâf etmiş olsa bedelinden dolayı haps edilemez.

(3) : Bir kimse, başkasiyle müştereken malik olduğu kölede hissesini, şerikinin izni olmaksızın azâd etmekle şeriki bunun tazminini isteyib kendisi de fakir olduğunu iddia eylese haps edilemez.

(4) : Bir kimse, yaptığı bir cinayetden dolayı tediyesi lâzım gelen erşi vermekden âciz olduğunu iddia etse-haps edilemez.

(5) : Bir kimse, zevcesine olan müeccel mehr borcundan dolayı haps edilemez. Velew ki talâkdan sonra olsun.

Bu borclardan dolayı müddei medyûnun, zengin olduğunu, yani: Borcunu tediyeve velew istikraz suretiyle olsun muktedir bulunduğunu iddia ve isbât ederse o zaman bunlardan dolayı da hâkim, muvafık göreceği bir müddetle, velew bir gün olsun medyûnu haps edebilir.

105 — : Bir kimse, babasına, anasına olan borcundan dolayı haps edilebilir. Ve bir baba evlâdına yemin tevcih edebilir. Fakat evlâd, baba-ya yemin tevcih edemez.

106 — : Medyûnun haps edileceği yeri tâyin hâkime aiddir. Meğer ki hak sahibi başka münasib bir yerde hapsini taleb etsin.

Meselâ: Bir kimse, kız kardeşinden bir hak talebinde bulunmakla hâkim tarafından hapsine karar verilince o kadının şerefini muhafaza için hapishanede değil, hususî bir yerde hapsini taleb etse hâkim, buna muvafakat eder.

107 — : Mahbus, hastalanıb da kendisine hizmet edecek kimse bulamadığı takdirde kefaletle hapishaneden çıkarılır, ve illâ çıkarılmaz.

Bu mesele, hastalığın galib-i hâle nazaran helâke sebeb olacak derecede olduğuna göredir ve İmam Muhammed'den bir rivayete müsteniddir. İmam Ebû Yûsûf'e göre bu halde de hapishaneden çıkarılmaz. Çünkü helâk, hapishane ile onun haricinde müsavidir. Fetva İmam Muhammed'in rivayeti üzeredir. (Hülâsa, Dürrimuhtar.)

108 — : Mahbus, müdavat için veya kesb için hapishaneden çıkarılmaz. Hapishanede kesbine de müsaade edilmez. Zira hapisden maksad. mahbusun inzicarıdır, o, hapishanede kesbe, ticarete muktedir olursa orası kendisine bir ticarethane mesâbesinde olur. Sahih olan da budur.

109 — : Bir borcundan dolayı mahbus olan kimse aleyhine başka borclarından dolayı da dâva açılmış olunca husumet için mahkemeye gönderilir, sonra yine haps edilir. O borcları sâbit olursa onlardan dolayı da haps idâme edilebilir. (Haniyye, Dürrimuhtar.)

110 — : Haps hakkında erkekler ile kadınlar müsavidir. Çünkü hapsi mucib olan sebeb, erkeklik, kadınlık itibariyle muhtelif olmaz. Ancak kadınlar, erkekler ile muhtelit olmaksızın ayrıca bir yerde haps edilirler. (Bedâî, Hindiyye.)

111 — : Bir çocuğun borcunu velisinin, meselâ: Babasının veva vasi-
sinin vermesi lâzım olan yerde veli bu borcu vermez de tehire bırakırsa

zulm etmiş olur. Bu cihetle borcu ödemesi için haps edilebilir. Tâ ki borc ödenerek zulm mündefi' olsun. (Bedâî).

112 — : Haps edilmemiş olan bir medyûn, malında tasarrufdan ve seferden menedilmez. Bir şey kazanırsa fazlasını dâyinler alır, aralarında hisselerine göre taksim ederler. Haps edilen bir medyûn ise, beyi ve şira, hibe, ikrar-ı deyin gibi tasarrufatı şeriyeden men edilir. Maamafih bunları yapınca nâfiz olurlar. Garimleri bunları ibtâl etmek velâyetini haiz değildirler. Çünkü haps, tasarrufata ehliyyetin butlânını icab etmez. İmanı Âzam'a göre garimler, bu tasarrufdan men'i taleb etseler de hâkim bu talebe icâbet etmez, imameyne göre ise icâbet edebilir. (Bedâî).

113 — : Mahbus, cuma, bayram namazı için ve cemâatle namaz kılmak için veya fârize-i haccı ifâ için veya cenaze namazında bulunmak için dışarıya çıkarılmaz. Velew kendisine kefil gösterebilir. Fakat bir kavle göre usûl ve fûrûundan biri vefat ederse cenazesi için kefaletle çıkarılır. Fetvâ da bu vechiledir. (Cevhere, Reddimuhtar.)

114 — : Hapishanede yatak, yasdık gibi şeyler bulundurulmaz, tâ ki mahbus, müzdarib olup borcunu bir an evvel ödesin. Mahbusun yanında kendisiyle istinasda bulunacağı kimseler de bırakılmaz. Ancak karibler, komşuları — yanında çok durmamak üzere — kendisini ziyaret edebilir. Çünkü bunlar ile müşavereye ihtiyacı vardır. Borcunu ödemek hususunda bunların kendisine yardımları memûldür.

Mahbusun yanında zevcesi de uzun bir müddet bırakılmaz. Velew ki zevcesine olan borcundan, dolayı haps edilmiş olsun. (Reddimuhtar.)

115 — : Mahbus, döğülemez. Ancak tehir ile fevt olup telâfisi kaabil olmayacak şeylerden dolayı döğülebilir. Meselâ: Keffareti zihârda bulunmaktan veya karibine nafaka vermekden imtina etmekle haps edilen kimse bu imtinaından dolayı döğülebilir. Çünkü zamamın geçmesiyle hakk-ı zevciyyet fevt ve nafaka-i karib sâkit olur. Nitekim refikaları arasında kasma riâyet etmeyen kimse de kendisine öğüt verildiği halde bu riâyetden imtinaa devam edince haps edilmezse de darb edilebilir.

Hapishaneden firar eden bir mahbus da döğülebilir. (Reddimuhtar, Bahrirâik.)

116 — : Borcundan dolayı mahbus olanın boynuna lâle takılmaz, meğer ki firar etmesinden korkulsun. O takdirde kaydü bend edilir veya hırsızlara mahsus zindana nakl olunur.

Mahbus elbisesinden tecrid edilmez ve borcunu ödemesi için ecir olarak çalışdırılmaz. İhanet için alacaklısının huzurunda ayakda durdurulmaz. İmam Ebû Yûsûf'e göre mahbus, borcunu tediye edebilmesi için cehren çalışdırılabilir. (Cevhere, Dürri muhtar, Reddimuhtar.) Fakir olduğu anlaşılmakla tahliye edilen bir medyûna dâyinleri mülâzim olup borclarını istihsâle çalışabilirler. Meğer ki hâkim, bir müddet intizar edilmesine

hükm etmiş olsun. İmam Züfer'e göre ise mülâzemetde bulunamazlar. (Bedâ'î).

(Malikî'lere göre medyûnlar, haps edilebilir. Meselâ: Müflis veya herhangi bir medyûn hali meçhul olunca haps edilir. Meğer ki mu'sir olduğunu isbât için bir müddet isteyip kendisi için birini kefil bil'mâl göster-sin. O halde hapsi tehir edilir. Bunu müteâkib gelib usrinin isbât etmezse kefil borcu zâmin olur.

Hali meçhul olan bir mahbus medyûnun borcu mikdarına ve kendi-sinin şahsına nazaran hapsi uzayınca «Gizli âşikâr malı olmadığına ve bir mal elde ederse garîmlerinin haklarını ödeyeceğine» yemin etdirildikten sonra sebîyli tahliye olunur.

Kadınlar da borçlarından ve saireden dolayı haps edilebilir. Bunlar ya emin bir münferid kadın yanında veya salâh-ı hâl ile maruf kocası veya babası veya oğlu bulunan emin bir kadının yanında haps edilirler.

İki kardeş, veya zevce ile zevce üzerlerindeki bir hakdan dolayı haps edilecek olsalar birlikte haps olunurlar, meğer ki hapishanede yabancı erkekler de bulunsun. O zaman zevce ayrıca haps edilir.

Bir mahbus, ebeveyninin, evlâdının, kardeşinin ve böyle pek yakın akrabasının ağır hastalığından dolayı kefalet-i şahsiyyeye rabt edilerek hapishaneden çıkarılabilir. Bu müstahsen görülmüşdür. Kıyas olan ise çıkarılmamaktır.

Nâsın mallarını alıp üstüne oturan ve kendi mallarının yandığına, çalındığına ve sair gûna bir kazaya uğradığına dair malûmat bulunmayan tacirler nâsın haklarını ödeyinceye kadar haps olunurlar. Bunun bir müddeti yoktur. Meğer ki malları bulunmadığı hâkimce tebeyyün etsin. O zaman hapishaneden çıkarılırlar.

Medyûn, kendisinin fakirül'hâl olduğunu dâyin bildiğini iddia dâyin de kendisini tekzib etse «Medyûnun fakir olduğunu bilmediğine dair.» yemin, dâyine lâzım gelir. Yemin etmezse medyûnun yemin edince hapsi cihetine gidilmez. (Muhtasar-ı Ebizziya, Şerh-i Kebîr, Şerh-i Muhammedil Hırşî, Müdevvenetül'kübrâ.)

(Şafii'lere göre de i'sârî sâbit olan bir medyûnun hapsi ve kendisine garîmlerin mülâzemeti caiz olamaz. Belki hal-i yüsrine kadar mühlet verilir. Nitekim âyet-i kerîmede (فَتَّارَةً إِلَى يَسْرَةٍ) buyurulmuşdur. (Tuhfetül' muhtac).

(Hanbelî'lere göre de zamanı hulûl etmiş olan borcuna kâfi malı olduğu halde bunu ödemekden imtina eden bir medyûnu hâkim haps eder. Çünkü bir hadisi şerif'de: (لِيُؤَادَّ ظِمْلَ بَحْلٍ عَرَضَهُ وَعَقُوبَتُهُ) buyurulmuşdur. Yani: Borcunu ödemeye kâdir kimsenin mümatalesi, bir zulümdür ki onun hakkında şekvâyı da, hapis cezasını da helâl kılar.

Şeyh Takiyüddin'in beyanına göre böyle bir medyûnu hapishanede haps etmek icab etmez. Bundan maksad, borcunu ödeyinceye kadar onu

tasarrufdan mendir. Bu cihetle harice çıkmayacak surette hanesinde de haps edilebilir.

Hâkim, haps ettiği medyûnu hapishaneder. çıkaramaz. Meğer ki onun mu'sir olduğu kendisince tebeyyün etsin veya alacaklısı onu ibrada bulunsun veya onun hapsinin kaldırılmasına razı olsun.

Bir medyûn, mahbusiyyetine rağmen borcunu vermekden imtina ederse hâkim, onun malını satarak borcunu tediye eder. Hattâ bu imtinasına mebni hâkim tarafından darb ve tazir edileceğine kâil olan fukaha da vardır. (Keşşafül'kına).

(Zâhiri'lere göre üzerinde nâsın alacağı olduğu âdil beyyine ile veya kendisinin sahih ikrariyle sâbit olan kimsenin malları satılarak garimlerin hakları tediye edilir. Meğer ki garimlerin hakları nev'inden malı bulunsun, meselâ borcu dirhem veya taâm nev'inden olduğu gibi kendisinde de dirhem veya taâm bulunsun, bu takdirde satmaya lüzûm kalmaz, garimler bundan haklarını alır. Bu, mukteza-i adaletdir. Nitekim bir hadis-i şerifde (اعط كل ذي حق حقه) — her hak sahibine hakkını ver.» buyurulmuştur. Artık böyle borcunu ödemeye kudreti olan bir medyûn haps edilemez, edilirse zulüm edilmiş olur.

Fakat bir kimsenin beyi veya karz gibi bir cihetden borcu olub malı bulunmadığı takdirde hakikaten malsız olduğu sâbit oluncaya kadar garimleri kendisine mülâzemet eder, arkası sıra dolaşırlar ve kendisi haps edilir. Bu hapis halinde mu'sir olduğuna şahid aramak için hapishaneden çıkmasına mümanaat olunmaz. Mu'sir olduğu sâbit olunca gizli mâli bulunmadığına yemin etdirilerek sebebiyle tahliye edilir, artık garimleri de kendisini takip edip durmazlar.

Medyûnun borcu nafaka, mehr, zaman veya cinayet cihetinden bulunursa malı olmadığı hakkında yeminiyle tasdik olunur. Söz onundur. Hasımı onun malı bulunduğunu isbât etmedikce hakkında bir şey yapılmaz.

Maamafih herhangi bir medyûn borcunu ödeyebilmesi için ecir olarak çalışdırılabilir. Bu, onun hali yûsrine intizarı âmir olan (فتظرة الى) nazm-ı kur'anisine muhâlif değildir. Çünkü bir kimsenin yesâri ya çalışmak ile veya çalışmaksızın olur. Cenab-ı Hak ise (واستنوا من فضل الله) buyuruyor, artık böyle bir medyûn çalışmak suretiyle fazl-ı ilâhîyi ibtiga-ya, istihsâle icbar edilir.

Medyûnun gizlenmiş malı olduğu tebeyyün ederse o malı meydana çıkarıncaya veya ölünceye kadar tedib edilir, her defasında on darbeyi geçmemek üzere vakit vakit döğülebilir. Çünkü zengin, yani: Borcunu vermeye kâdir bir kimsenin mûmatalesi münker bir harekettir. Münkerâtı hâkimin eliyle def' ve tağyir etmesi ise vâcibdir. Nitekim bir hadis-i şerifde

(من رأى منكم متكرراً بغيره يده فان لم يستطع فاسأله فان لم يستطع فقلبه وذلك اضعف الائن)

buyurulmuştur. Yani: Sizden kim bir *kötü şeyi görürse onu eliyle bozsun.

buna muktedir olmazsa diliyle bozsun, buna da gücü yetmezse onu kalbiyle inkâr etsin, onun bertaraf olmasını arzuda bulunsun, bu üçüncü hâl ise İslâmın en zaif âsârı demektir. (Elmuhallâ).

MARAZ-İ MEVTİN MAHİYYETİ VE ŞERAİTİ :

117 — : Maraz-i mevt de sahibinin kısmen hacrini müstelzimdir. Bu maraz, Mecelle'nin (1595) inci maddesinde şu vechile tarif edilmiştir:

«Maraz-i mevt, ol hastalıktır ki, ekseriye anda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükûrdan ise hanesi haricinde ve inasdan ise hanesi dahilinde olan mesalihinin görmekten âciz olub bu hal üzere bir sene mürur etmeden vefat eyleye, gerek sahib firâş olsun ve gerek olmasın.»

«Ve eğer marizin marazı mümted olub da daima bir hal üzere bir sene geçer ise marizin marazı müşted ve hali mütegayyir olmadıkca sahih hükmünde olup tasarrufatı, sahihin tasarrufatı gibidir. Amma maraz, müstted ve hâli mütegayyir olub da bir sene geçmeden vefat ederse vakt-i te gayyürden itibaren vefatına dek olan hali, maraz-i mevt addolunur.»

118 — : Yukarıdaki tarife nazaran bir marazın maraz-i mevt sayılması için şöyle üç şart vardır:

(A) : Hasta kendisinde ekseri ölüm korkusu bulunur bir halde bulunmalıdır.

(B) : Hasta erkek ise haricî işlerini, kadın ise dahillî işlerini tabii bir surette görmeğe kâdir olmamalıdır.

(C) : Hasta bu hal üzere bulunarak aradan bir sene geçmeden vefat etmelidir.

Bu şeraite göre aşağıdaki meseleler, teferru eder.

119 — : Yerinden zor kalkabilen veya oturduğu yerde namaz kılmakta mazur görülebilecek olan zaif bir hasta, maraz-i mevt ile mariz sayılır. Binaenaleyh böyle bir hasta şifa bulmadan bir sene içinde vefat edecek olursa bu hastalığındaki tasarrufları maraz-ı mevtine müsadif olmuş olur.

120 — : Bir kimsenin hastalığı eksilib bazen de artarak bu hal üzere bir sene geçmeden vefatı vuku bulsa maraz-i mevt ile mariz bulunmuş olur. Fakat bir sene geçdikden sonra vefatı vuku bulursa sahih hükmünde olub böyle bir mariz sayılmaz. (Feyziye fetavâsının nükûli.)

121 — : Mücerred ihtiyarlığından veya ayaklarındaki bir ârizadan dolayı harice çıkarak işlerinin görmeğe kâdir olamayan bir kimse mariz sayılmaz. Böyle bir kimse, hakkında ölüm ihtimâli galib olmadıkca sahih hükmünde bulunur. (Reddimuhtar).

122 — : Galib-i hâli, ölüm olan veya kendisinde ölüm korkusu ga-

lib bulunan her kimse, maraz-i mevt ile mariz hükmündedir.

Binaenaleyh bir düşman ile mübareze için safdan ayrılib çıkan veya katl için siyaset meydanına götürülen bir şahs, bu halde maraz-i mevt ile mariz sayılır.

Kezalik: Vaz-i haml halinde bulunan bir kadın veya râkib olduğu sefine dalgaların şiddetli tehacümü arasında kalan bir şahs da maraz-i mevt halinde sayılır.

Kezalik: Birbirine denk veya makhur olan iki tâifemin harb için ihtilât hali de maraz-i mevt mesâbesindedir. Çünkü bu hallerden her birinde helâk havfı galibdir. Fakat bu haller, vefat vuku bulmadan zâil olunca sihat hükmü avdet eder. (Hindiyeye, Bahrirâik.)

123 — : Muk'adlik, felç, sel, nıkris, zemânet, teverrüm halleri ve meydanı harbe azimet, hâd veya kısas için katle mahkûmiyyet hususları maraz-i mevt sayılmaz. Çünkü bunlardan halâs ihtimâli galibdir. Fakat muk'edin, meflûc ile meslûlün bu halleri mütemadiyen artmak üzere bulunduğunda takdirde maraz-i mevtten madûd olur.

«Muk'ed» : Kötürüm. Bedenindeki bir hastalıktan dolayı hareketden kalmış kimsedir. Karnındaki bir marazdan dolayı yürümekden âciz kalmış kimseye de muk'ed denir. Müteşennicül'âzâ olan, yani: Uzuvarı buruşmuş, titremekte bulunmuş kimseye de bu ad verilir.

«Meflûç» : Vücudunun yarısına âriz olan bir hastalıktan dolayı hisden, hareket-i irâdiyyeden mahrum kalmış olan kimsedir. Endamı süset, zaif olan kimseye de meflûç denir.

«Meslûl» : Rielerinde yara bulunan kimsedir. Bağırsağı sıyrılmış veya göbek borusu ve hayeleri çıkmış kimseye de bu ad verilir.

«Nikris» : Bir nevi hastalık ve ağrıdır ki, topukların ve ayak parmaklarının mafsallarında, yani: Oynak yerlerinde hâdis olub bazen kan giren denilen bir elim hâletin hudûsüne sebebiyyet verir.

«Zemânet» : Kötürüm olmak halidir.

(Hanbelî fukahası, marazları şu dört sınıfa ayırmışlardır:

(1) : Kendilerinde ölüm korkusu olmayan marazlar. Göz, diş ağrıları, hafif baş ağrıları, sıtma gibi. Bunların sahibleri sıhih hükmündedirler.

(2) : Cüzam, felç gibi imtidad eden marazlar. Bunların sahibleri esiri firâş ise maraz-i mevt ile mariz, değilse sıhih hükmündedirler. Hanefiyyenin, Evzaî ile Sevrî'nin, İmam Malik'in kavilleri de böyledir.

(3) : Alelacele ölüme sebep olacağı tahakkuk eden marazlar. Alınan bir yaradan dolayı aklın muhtel olması gibi. Bunların sahiblerinin tasarrufatı asla muteber olmaz. Fakat böyle bir arızaya uğrayan şahsın aklı muhtel olmadığı takdirde tasarrufatı, maraz-ı mevt ile mariz olanın tasarrufatı gibi olur.

(4) : Sahibinin ölümünü tacil edeceği müteyakken olmamakla bera-

ber mevtine sebep olacağından korkulan marazlar. Bunların mübtelâsı, maraz-i mevt ile mariz hükmünde bulunur. Bırsam, hümmayı sâlib, ruafı daîm, zatülcenb, veca-i rie ve kalb, kulunc, tâûn, ishâli münharik, ishâli daîm gibi.

«Bırsam» : Başa yükselib dimağa tesir eden bir buhardır ki, bununla akıl, muhtel olur.

«Hümmayı sâlib» : Titredici, issi sıtmadır. Sıtmalı kimseye «Meh-mûm» denir.

«Ruafı daîm» : Burnundan devamlı bir halde gelen kandı ki, vücudun kanını azaltarak kuvvetinin giderir.

«Zatülcenb» : Yan ağrısı denilen hastalıktır ki, cenbin içerisindeki bir kurhadan neş'et eder.

«Veca-i rie» : Karaciğerde zuhur eden bir marazdır ki «Zatürrie» denir.

«Kulunc» : Taâmın bazı em'ada düğümленib onda aşağıya inmemesi halidir.

«Tâûn» : Bütün bedende zuhur eden şiddetli bir hararetden müte-hassil bir hastalıktır ki, buna «Veba» da denir. yufka yerlerde çıkan büyük bir çıbandan ibaretdir. Sebebinde etibbanın ihtilâfı vardır.

«İshal» : Mizacın bozulmasıyle için tutmaz bir hale gelmesidir ki, men ve imsâki mümkün olmayan yırtılırcasına olan ishâle «İshâli münharik» denir ki, bir saat kadar da devam etse maraz-i mevt sayılır. Çünkü sahibinin mevtine sür'atle sebep olur. «İstittlâkı batn» denilib devam eden ishale de «İshali daîm» denir ki, bu da maraz-i mevt hükmündedir. Zorluğa, zéhîre = Zorla içi geçmek haline mukarin olsun olmasın.

Yine Hanbelî fukahası diyorlar ki: Emri müşkil olan, yani: Mahiyyetinin tâyin ve teşhis herkesce kabil olmayan marazlardan dolayı ehli vukufun, yani: Etibbanın kavillerine müracaat edilir. Bu hususda en az iki müslim, bâliğ, emîn tabibin sözü kabul edilmelidir. Çünkü buna vârislerin ve atâya sahiblerinin hakları taallûk eder. Meğer ki bu evsafı haiz iki tabib bulunmasın. O halde böyle bir tabibin sözü de kıyasen kâfi görülmektedir.

Yine Hanbelî fukahasına göre aşağıda yazılı beş mevzideki korkunç hal, maraz-i mevt mesâbesindedir.

(1) : Birbirine müsavi veya kâh galib kâh mağlub iki taifenin harbe başlayıp karmakarışık bir hale gelmeleri.

(2) : Kısas ve saire için katle sevk edilme hali. İmam Safiî'ye göre bu hususda iki kavil vardır. Birine göre bu, bir hal-i havfdur. Diğerine göre cerh var ise hal-i havfdur, yok ise değildir. Çünkü bu halde zâhir olan, afv edilmekdir.

(3) : Şiddetli rüzgârla deniz dalgalanıb geminin müzdarib bir halde bulunması ki, bunun râkibi mariz sayılır.

(4) : Katl edilmesi âdet olan bir esir ve mahbusun hali. Böyle bir şahs da mariz sayılır. İmamı Âzamın, İmam Malik ile İbni Ebî Leylâ'nın kavilleri de böyledir. İmam Şafii'den de böyle bir kavil mervidir.

(5) : Bir beldede intişar eden tâûn hâdisesi. Bu da İmam Ahmed'den bir rivayete göre bir halet-i havfdur. Maahaza bunun bir hal-i havf olmaması da muhtemeldir. Çünkü, bu, maraz değildir. (Elmuğnî.)

(Zâhiri'lerden İbni Hazm'e göre maraz-i mevt, mal hususunda esbab-ı hacrden değildir. Mübtelâ olduğu marazdan ölen veya kurtulan, hamlini vaz' edinceye veya ölünceye kadar yüklü bulunan, kisasdan, hâdden veya haksız bir hususdan dolayı katl için tevkif edilen, esirleri katl eden veya etmeyen kimsenin eline esir düşen, helâke müşrif, veya iki saf arasında mukatil olan, sefer halinde yaşayan kimseler ile sair insanlar arasında mallarında tasarruf bakımından fark yoktur. Binaenaleyh bunların alış verişleri, hibeleri, sadakaları, itakları müsavidir. Bunlar mallarının yalnız sülüsünde değil, tamamından muteberdir. Ancak, Ebû Süleyman ile sair Zâhiri'lere göre bundan itak muamelesi müstesnadır. Bir marizin itakı malının yalnız sülüsünden nâfiz olur, o marazdan gerek ifakat bulsun ve gerek bulmasın. (Elmuhallâ).

MARAZ-İ MEVT HALİNDEKİ TASARRUFLARIN HÜKMLERİ :

124 — : Maraz-i mevt halindeki bir hastanın vakfı, muhabatı ve sair teberruatı ve bir takım ikrarı sülüsü mâlinden muteberdir. Bu esas üzerine mezheb-i Hanefi'de aşağıdaki meseleler teferru eder.

125 — : Bir kimsenin maraz-i mevtinde yaptığı vakf malının üçde birinden muteberdir.

Binaenaleyh terekeleri müsaid olur veya vârisleri icazet verir veya vârisleri asla bulunmazsa vakf olduğu gibi takarrür eder, aksi takdirde terekесinin sülüsü nisbetinde nafiz olur.

126 — : Bir kimse, bir malını maraz-i mevtinde kendi vârisine satsa diğer vârisleri icazet vermedikçe nâfiz olmaz. Fakat vârisi olmayan bir şahsa semeni misliyle satarsa nâfiz olacağı gibi muhabat tarikiyle, yani: Semeni mislinden doksan ile satıp teslim ettiği takdirde de sülüsü mâli muhabata müsaid ise yine sahih ve muteber olur. Fakat sülüsü mâli muhabata müsaid değilse noksan mikdarı müşteri ikmâle mecbur olur, ikmâl etmezse vârisleri beyi fesh edebilir.

Kezalik : Böyle bir mariz, dünyâna müstağrak olduğu halde mâlini semeni mislinden noksana satsa vefatından sonra dâyinleri, o malın semeni mislini müşteriye ikmâl ettirirler.

127 — : Bir kimse, maraz-i mevtinde bütün emvâlinin yegâne vâri-

si olan bir şahsa veya asla vârisi olmadığı halde bir yabancıya hibe ve teslim etse sahih olup, beytül'mâl emini müdahale edemez. Fakat müte-addid vârislerinden birine bir şey hibe etse diğer vârislerin icazetleri olmadıkça sahih olmaz. Vârisleri bulunduğu halde bir yabancıya hibe ve teslim etse sülûsi mâlinden muteber olur. Binaenaleyh terekisinin sülûsi mevhubun tamamına müsaid ise tamamen sahih olur. Müsaid olmayıp vârisleri de icazet vermedikleri takdirde müsaid olduğu miktarda hibe sahih olup bâkisinin mevhubünle, redde mecbur olur.

Terekesi düyûna müstağrak olan böyle bir mariz, bir malını vârisine veya başka birine hibe ve teslim ettikten sonra vefat edince garimleri bu hibeyi kabul etmeyip o malı kısmet-i guremâya idhâl edebilirler.

128. — : Bir kimse, maraz-i mevtinde vârislerinden birinin alacağından ibra etse sahih ve nâfiz olmaz. Fakat vârisi olmayan bir şahsı alacağından ibra etse sülûsi mâlinden muteber olur. Terekesi düyûna müstağrak olduğu halde medyunlarından birisinin ibra etmiş bulunsa sahih ve nâfiz olmaz. Meğer ki sair alacaklılar razı olsunlar. (Mecelle.)

129 — : Bir kimse, maraz-i mevtinde kendisine vâris olmayan bir şahsa gerek ayın ve gerek deyin ikrar etse sahih olur. Velev ki bu ikrarı bütün mallarını muhît olsun. Elverir ki zâhir-i hâl kendisini mükezzib olmasın. Meselâ: Mukarrünbih, henüz beyi veya hibe olunmuş veya başkasından irsen intikâl etmiş gibi bir sebeble ikrar vaktinde bu marizin mülkü olduğu çok kimselerin malûmu olarak kendi ikrarında kâzib bulunduğu zâhir olsa o halde bakılır: Eğer bu ikrarı müzakere-i vasiyyet esnasında değil ise hibe demek olarak lâzım gelir. Teslim etmeden vefat ederse bu hibenin hükmü kalmaz. Ve eğer müzakere-i vasiyyet esnasında ise vasiyyet mânasına mahmûl olur. Kablelvefat teslim lâzım gelmez. Maamafih gerek bu hibe olsun ve gerek vasiyyet olsun ancak sülûsi mâlinden muteber olur. Hibe mebhâsine müracaat! (Mecelle).

Kezâlik: Böyle bir marizin verâseti kendisine inhisar eden bir şahsa mal ikrarı da muteberdir. Zevcesinden başka vârisi olmayan bir marizin zevcesine ikrarı gibi.

Kezâlik: Böyle bir marizin vârislerinden herhangi birine emanet ikrarı ve ondan emanetini kabz etmiş olduğuna dair ikrarı da muteberdir.

130 — : Bir marizin semeni misliyle = Değer fiatıyla olan beyi ve sırası sahihtir. Gabni yesir bulunması bu sıhate mani olmaz.

131 — : Bir mariz, borçlarından bir kısmını dâyinlerinden birine ödese bakılır: Eğer terekesi sair borçlarına müsaid ise sair alacaklıların itiraza hakları olmaz. Müsaid değilse bir veche göre sair garımlar bu verilen miktara ortak olurlar. Bu mariz sair dâyinlerin haklarını ibtâl edemez. İmamı Âzamın kavli böyledir. Mecelle'de de bu kabul edilmiştir.

Diğer bir veche göre ortak olmazlar. Bu İmamı Ahmed'den bir rivayete göredir. İmam Şafii'den mensus olan da budur. Çünkü kendisine vâcib olan bir hakkı edâ etmiş olur. Bir malı alıb da semenini vermesi veya bazı emvâlini satıb teslim eylemesi gibi. (Elmuğni.)

132 — : Bir kimse, maraz-i mevtinde istikraz eylediği parayı ve satın aldığı şeyin sememini edâ edebilir. Velew ki sülûsi mâli müsaid olmasın.

133 — : Maraz-i mevtdeki kefalet bil'mâl deyn-i aslî hükmündedir. Binaenaleyh bu halde vârisin borcuna veya alacağına kefalet veya bu borc-lara hali sihhatında iken kefil olduğunu bu halinde ikrar etse nâfiz olmaz. Ecnebiye kefalet ise, terekenin sülûsünde muteber olur. Fakat hali sihha-tinde iken ecnebiye kefil olduğunu maraz-i mevtinde ikrar ederse malı-nın mecmuundan muteber olur. Şu kadar var ki beyyine ile sâbit düyûn-i sihhat var ise bu düyûn takdim olunur.

Kezalik : Bu maraz-i mevt halinde vukubulan isâe — Vasi tâyin et-mek de muteberdir. Vasiyyet ve itk da sülûsi mâlden muteber olur.

Binaenaleyh bir kimse, maraz-i mevtinde bir şahsı bir hususa, meselâ evlâd-i şîgarine vasi tâyin edebilir. Malından üçde birinden olmak üzere memlûkini azâd veya bir cihete bir malını vasiyyet edebilir.

Maraz-i mevtde yapılan bir vasiyyet, bilâhare sihhat halinin avdetiy-le bâtil olmaz, fakat böyle maraz-i mevtde yapılan bir vasiyyetden rücu sahihdir. (Mecelle, Reddimuhtar.) Vesâyet mebhâsine de müracaat!.

134 — : Maraz-i mevtde yapılan nikâh ve ikrar edilen mehr muteberdir. Şu kadar var ki, tesmiye veya ikrar edilen mehr, mehr-i misildeu; zâid olursa bu ziyade mikdar lâzım gelmez. Meğer ki zevceden başka vâ-risi bulunmasın.

135 — : Maraz-i mevt halinde yapılan tatlikler muteberdir. Böyle bir tatlik neticesinde verâsetin, nesebin sübutu ise tafsilâta tâbidir. İddet mebhâsine müracaat!.

136 — : Bir kimse, maraz-i mevtinde «Benim bir şeyim yokdur.» de-diği halde vefatını müteakib vârisleri başkasının elinde bulunan bir şey hakkında «Bu bizim müverrisimizin terekesindendir.» diye dâva edebilir-ler. Fakat «Fülân vârisimde, meselâ: Şu kızımda bir şeyim yokdur.» diye ikrar etse artık sair vârisler ondan vedia namiyle bir şey dâva edemezler. (Abdürrahım Fetavâsı.)

(İmam Malik'e göre marizin nikâhı duhulünden evvel de sonra da fesh edilebilir. Duhûl bulunmamış ise zevceye bir şey verilmesi lâzım gel-mez. Duhûl bulunmuş olursa yalnız mehr-i misil icab eder. Daha nikâh fesh edilmeden mariz vefat etse zevcesi iddet bekler, fakat duhûl bulun-

muş olsun olmasın vâris olamaz.

Mariz, nikâhdan sonra şifa bulduğu takdirde ise bir bakımdan yine müfarekat lâzım gelir. Fakat bir kavle göre de nikâh, caiz bulunmuş olur.

Kezalik: Marizenin evlenmesi de caiz değildir. Bununla evlenmiş olan erkek, bunun mirasına nâil olamaz, duhûl bulunmuş olsun olmasın. Şu kadar var ki, duhûl takdirinde mehre müstahik olur. (Elmuhallâ.)

(Şafiî'lere göre de maraz, iki türlüdür. Birisi, kendisinde ölüm korkusu egleb olan marazdır. Böyle bir marizin atıyyeleri vasiyyet hükmündedir. Diğeri, ölüm korkusu egleb olmayan marazdır. Böyle marizlerin atıyyeleri, sahih bir kimsenin atıyyeleri mesâbesindedir. Velev ki bu marazdan vefat etsin. Bu iki türlü marazın arasını tefrik ve tâyin müşkil olunca ehl-i ilme mürâcaat edilir. Bu hususda iki âdil şahidin şahadeti kifâyet eder.

Bir kimse, maraz-i mevtinde evlenebilir, vefatında zevcesi vâris olur. Şu kadar var ki, mehr-i mislden ziyade mehr tesmiye edilmiş olursa bu ziyade mikdar, muhabât kabilinden olub verilmesi lâzım gelmez.

Kezalik: Maraz-i mevtde talâk muteberdir. Mutadde-i bâine vâris olamaz. Fakat Şafiyyeden bazı zatlara göre bu halde tatlik edilen kadın, vâris olur. Velev ki vefat zamanında iddeti nihayet bulmuş olsun. Başka rivayete göre de bu mutallâka başkasiyle izdivac etmiş olsa da vâris olur, bazılarına göre de başkasiyle izdivac etmedikçe vâris olur.

Bir kimse, maraz-i mevtinde vârisine bir şey hibe ve teslim etse vefatında bu hibe merdûd olub terekesine idhâl edilir. Bu hibenin hâsıl olmuş bir gallesi bulunursa bu da terekeye aid olur. Fakat maraz-i mevt ile mariz olanın başkalarına hibesi, sadakası veya itâkı malının sülüsünden muteberdir. (Kitâbü'l'üm.)

(Hanbelî'lere göre de maraz-i mevt ile marizin teberruatı, muhabâtı, kabz edilen hibesi, sadakası, vakfı, alacağından ibrâsı, malı mucib cina-yetleri afvi, müneccezen yapılan itâkı malının sülüsünden muteberdir. Cumhurun kavli de böyledir.

Maraz-i mevtdeki atıyyeler, sadakalar, şu beş hususda vasiyyet hükmündedir :

(1) : Bunların nâfiz olması için ya sülüs-i mal, müsaid veya vârisler mücfz olmalıdır.

(2) : Bunlar, vârislerden herhangi biri hakkında caiz olmaz. Meğer ki sair varisler icazet versinler.

(3) : Bu sadakaların fazileti, hal-i sihhatda yapılan sadakaların faziletinden noksandır.

(4) : Bu sadakalara ve atıyyelere sülüs-i malde sair vasiyyetler müzahim olurlar. Bunları da sülüsü maldan tesviye icab eder.

(5) : Bunların sülüsü maldan çıkmalarında hal-i mevtdeki mal nazara

Maraz-i mevt halinde yapılan atıyyeler, sadakalar, şu beş hususda da vasiyyetden ayrılırlar :

(1) : Bunlar, muti hakkında lâzımdır, bunlardan çok olsalar da rücu edemez. Vasiyyetden ise rücu sahihtir.

(2) : Bunların kabul veya red edilmeleri, mu'tinin hayatında fevridir. Vasiyyetin kabulü, reddi ise bâdelmevt muteberdir.

(3) : Bunların sıhhatları, malûm olmalarına ve bir şarta talik edilmiş bulunmalarına mütevakkıdır. Vasiyyet ise böyle değildir.

(4) : Bunlar, vasiyyet üzerine takdim olunurlar. İmam Şafii'nin, Eim-meî Hanefiyyenin kavilleri de böyledir. Yalnız itak suretiyle olan vasiyyetin bunlara takdim edileceği de bu zevatdan mervidir.

(5) : Bu atıyyelerin kabz edilmesinden evvel mu'ti vefat etse vârisleri muhayyer olurlar. Dilerlerse kabza müşade ederler, dilerlerse müciz olmayıp atıyyenin kabz edilmesine mâni olurlar. Vasiyyet ise bâdelmevt vârislerin rizalarına tevakkuf etmeksizin kabul ile lâzım olur. (Elmuğnî.)

(Zâhiri'lere göre marizin tasarrufatı maliyyesi tamamen nâfizdir. Nitekim yukarıda beyan olunmuştur. Fakat mariz ile marizeden hiç birinin nikâhı sahih değildir. Bunlar ile eşleri arasında miras carî olmaz. O marazdan gerek vefat etsinler ve gerek etmesinler. (Elmuhallâ, Elmuğnî.)

HACRİN HİKMET-İ TEŞRİİYYESİ :

137 — : Nazar-ı İslâm'da insanlar esasen hür olarak dünyaya gelirler, kabiliyyetlerine göre her türlü meşrû tasarrufata selâhiyetli bulunurlar. Ancak bazı ârizî hâllerden dolayı bu selâhiyyetlerini tamamen veya kısmen istimâl edemezler. Meselâ: Çocuklar, matuhlar, mecnunlar, çocukluk hali gibi muvakkat ve eteh, cînnet hâlleri gibi ârizî sebeplerden dolayı selâhiyyeti tasarrufiyyeden kısmen olsun mahrum bulunurlar. Bu da hem kendilerinin, hem de efradından bulundukları ictimâî hey'etin selâmetli, refahı, faidesi icablarındandır. Bilâkis kendi hareketlerinin güzelce, tanzime, faaliyyetlerinin semeresini, gayesinin temin ve teemmüle hakkiyle muktedir olamayan böyle kimselerin bütün tasarrufatda serbest bırakılmaları ise hem kendilerinin hem de âmmenin bir çok zararlarına bâis olabilir. Binaenaleyh bunların mehcür bulunmaları maslahat ve hikmet muktezasıdır.

Bülûğ çağına yetişmiş olmakla beraber sefih olanların, veya fazla borç yaparak onu bunu mutazarrır edenlerin, veya esasen hakka karşı isyanın bir neticesi olarak rikke mübtelâ olanların, veya ölüm hastalığına tutulub da tam bir şuûr ile hali, istikbâli düşünmeyecek bir halde bulunanların bazı tasarruflardan men ve hacr edilmeleri de yine ferdî ve ictimâî maslahat ve hikmet icabıdır.

Vâkıf bunların da sair mükellef insanlar gibi hürriyeti tasarrufiyye-

ye malikiyyetleri bir esastır. Fakat kendilerindeki israf ve tebzir, muvazenesiz muamelât ve saire kendilerinin bu mehuriyyetini müstelzim olmuşdur. ○

Ancak İmamı Âzam Hazretleriyle bazı fukahayı kiram, insanlardaki hürriyet-i tasarrufiyyenin, ehliyyet-i hukukîyyenin bir esas olduğunu nazara alarak bir şahsın sefahinden veya medyûn bulunmasından dolayı hacr edilmesini ve bu suretle onun medenî hukukdan kısmen olsun mahrum bırakılmasını şerefi insaniyyet ile mütenasib olmayacağından muvafık görmemişlerdir. Fakat sair fukahayı kiram, âmme menfaatlerini daha ziyade nazara almış, bu hususdaki mehuriyyeti ictimâî hayatın zaruriyyatından görmüşdür. Hattâ yukarıda da işaret olunduğu üzere İmam Muhammed Hazretlerine göre bir sefih, mücerret sefahatinden dolayı münhacir bulunur, velev ki hâkim tarafından hacrine karar verilmiş olmasın. İmam Ebû Yûsûf Hazretleri ise ictimâî hayatın zarûriyyetlerini nazara almış, bir insanın mücerred israf ve tebzir sayılacak hareketinden dolayı hemen münhacir olacağını mvafık görmemiştir. Çünkü israf ve tebzir suretinde görülen bir hareketin celb-i kulûb, bezli âtifet, idare-i maslahat gibi bir maksada müstenid olması da melhuzdur. Bu cihetle sefihin veya medyûnun ancak hâkim tarafından bittetkik hacr edilebileceğini kabul etmiştir. Bu yüksek müctehidin bu babdaki ictiharı daha muvafık görülerek müftabih olmuş, Mecelle'de de bu kabul edilmiştir.

Velhâsıl : Teferruatdan kat'annazar esas itibariyle hacrin hukukî, ictimâî, iktisadî faideleri ve lüzûmu zâhir, bu cihetle meşrûiyyeti sâbit ve bilcümle müctehidlerce müsellemdir.

(İ K İ N C İ B Ö L Ü M)

İKRAHA MÜTEALLİK MESELELER MUHTEVİDİR

İÇİNDEKİLER : İkraha tahakkukuna aid şartlar. İkraha nevlere.
İkraha hükmleri :

İKRAHA TAHAKKUKUNA AİD ŞARTLAR :

138 — : İkraha sıhhatinde — Muteber sayılmasında mücbirin tehdidini ikaa muktedir olması şartdır.

Binaenaleyh yaptığı tehdidi mevkii fi'ile koyamayacak halde bulunan bir şahsın ikraha, muteber değildir. Çünkü böyle bir ikraha ile mükrehin rızası mün'adim, ihtiyarı fâsid olmaz ki hakkında cebr ve ikraha tahakkuk etsin.

139 — : Mükrehin mükrehünaleyhi mücbirin veya mücbir kadar kendisinden korkduğu adaminin huzurunda işlemesi şartdır.

Binaenaleyh mükreh, icbar edilen şeyi mücbirin veya adaminin gıyabında işler ise hakkında ikraha tahakkuk etmiş olmaz. Çünkü bunu ikraha zevâline sonra işlemiş olur.

140 — : Mükrehünbihin nefsi veya uzvu telef edecek veya elem ve gammı mucib olub rızayı izâle eyleyecek bir halde olması şartdır.

Binaenaleyh bir şahsın arkasına nihayet bir iki baston vurulacağına dair olan bir tehdit ile muteber bir ikraha vücuda gelmez. Fakat göz gibi nazik bir uzuv üzerine vurulacak böyle bir iki baston ile ikraha, tahakkuk eder.

141 — : Mükrehin mükrehünbihin vukubulacağından korkması, yani: Mükrehünaleyhi yapmadığı takdirde mücbirin mükrehünbihi hemen veya bilâhare ika edeceğini zannı galib ile zannetmesi şartdır.

Binaenaleyh bilfi'il yapılmayacağı zan edilen kuru bir tehdit ile ikraha husûle gelmez.

142 — : Mükrehin mükrehünaleyhden kablel'ikraha imtina eder olması şartdır.

Binaenaleyh şübh-i hamrden ictinab eden bir kimse, buna cebr edilse hakkında ikraha tahakkuk eder. Fakat zaten şübh-i hamrda bulunub du-

ran bir şahs hakkında şübh-i hamrda bulunması için yapılacak bir cebr, ikrah sayılmaz.

143 — : İmamı Âzama göre mücbirin sultei hâkimiyyeti haiz olması şartdır. Eşhası sairenin cebriyle ikrah tahakkuk etmez, bunu başkasından istiane ile def' etmek kabildir. Fakat imameyne göre bu, şart değildir. Tehdidini vücuda getirebilecek her şahsın cebriyle ikrah tahakkuk eder. Sultei hâkimiyyeti haiz bir kimsenin yapabileceği bir cebri yapabilecek her şahs tarafından ikrah vukua gelebilir. Fetvâ da bu vechiledir. (Hindiyye.)

144 — : İkrahin tahakkuku için vuku bulduğu yerde hükûmetin, hâkimin bulunmaması şart değildir. Binaenaleyh İstanbul gibi bir şehirde de ikrah vukuu mümkün ve dâvası muteberdir. Hattâ bir kimse, bir ikrah mebni bir mahkemeye giderek bir hususu, meselâ: Mücbire şu kadar borcu olduğunu bir hüccete rabt etdirse bile muteber olmaz, bilâhare ikrahın vukuunu isbât edince bu hüccetin hükmü kalmaz. (Fetavâyı Ali Efendi, Behce.)

145 — : Yapılması şer'an lâzım, veya mübah olan bir şeyi yaptırmak için yapılan cebr, ikrah sayılmaz.

Meselâ: Yemininde hânis olan bir kimse, vuku bulan bir ibara mebni keffareti yeminde bulunsa bundan dolayı mücbire bir şey lâzım gelmez.

Kezalik: Açlıktan ölmek derecesine gelmiş olan bir kimse, bir taâmı yemek üzere cebr edilse o taâmı yiyince zamanı mücbire lâzım gelmez.

Kezalik: Zevcesine hitaben: «Mehrinin bana bağışlamazsan seni boşarım.» veya «Üzerine evlenirim.» deyib kadın da bu sebeble mehrinin bağışlarsa sahih olur, bununla ikrah vücuda gelmiş olmaz. Çünkü talâk veya tekrar tezevvüc meşrû ef'âlden olduğundan bunlar ikrah ile tavsif edilemez.

(Zâhiri'lere göre de ikrah, sultei hükûmeti haiz olanlara mahsus değildir. Hırsızlar, ve saire tarafından da vuku bulabilir. Çünkü bunların arası kitabda, sünnetde tefrik edilmemiştir. (Elmuhallâ.)

İKRAHIN NEVİLERİ :

146 — : İkrah iki kısımdır. Biri, ikrah-ı mülcîdir ki, nefsi katl, uzvu katl' gibi ağır bir tehdid ile vuku bulan ikrahtır. Diğer, ikrah-ı gayrî mülcîdir ki, bir iki tokat, değnek vurmak veya haps etmek gibi hafif bir tehdid ile vuku bulan ikrahtır. Maamafih bu ikinci kısım ikrah, şahsa göre değişebilir. Böyle bir ikrah, mevki sahibi, faziletkâr, seriüt'teessür bir zata karşı, bir ikrah-ı mülcî mahiyetinde görülebilir.

147 — : İkraha-ı mülci, hem tasarrufatı kavliyyede, hem de tasarrufatı fi'iliyyede muteberdir. İkraha-ı gayri mülci ise yalnız tasarrufatı kavliyyede muteber ise de tasarrufatı fi'iliyyede muteber değildir.

Binaenaleyh tehdidini ikaa muktedir bir kimse, bir şahsa hitaben: «Fülânın şu malını itlâf et, yoksa seni öldürürüm veya burnunu koparıyorum.» diye ikrahda bulunsa bu bir ikrah-ı mülci olur, o şahs, o malı itlâf edince zamanı yalnız mücbir olan kimseye lâzım gelir, mükrehe lâzım gelmez.

Fakat «Fülânın şu malını itlâf et, yoksa seni döğërim, veya hapis ederim.» diye ikrahda bulunsa bu, bir ikrah-ı gayri mülci olur. Bu surette o şahs bu malı itlâf etse ikrah muteber olmayıb zamanı bu mutlif olan şahsa lâzım gelir.

148 — : İkraha, mükrehünaleyh itibariyle de üç kısımdır. Şöyle ki: Eğer ikrah ile vuku bulacak tasarrufatı hissiyye, ahkâm-ı uhreviyye itibariyle mübah, haram, lâzımülcra kısımlarına ayrılır.

Meselâ: Bir kimse, bir ikrah-ı mülciye binaen kalben kemal-i itminan ile mümin olduğu halde lisanen kelime-i küfürde bulunsa âsim olmaz. Bu hususda bir ruhsat-ı şer'iyye vardır. Fakat sebât eder de kelime-i küfrü telâffuz etmediğinden dolayı öldürülürse indellâh mecur olur.

Kezalik: Böyle bir ikraha mebni başkasının bir malını itlâf etmek mübahdır. Bunu bilikrah yapan âsim olmaz. Hattâ zâhir olan da şudur ki, bir müslüman, bir din kardeşinin ikrah yüzünden bir zulme uğramaması için kendisinin malının itlâfına razı olur, kardeşini ihya için bu kadar zarara razı olarak katlanır. Hapis ve hafifen darb edilmesi de bu kabildendir. Maamafih, mükreh, başkasının malını itlâfın esnasındaki memnuiyyeti düşünüp de bundan kaçınarak katl edilirse sevâba nâil olur.

Bilâkis hangi bir ikraha mebni bir kimseyi katl etmek, veya onun bir uzvunu kesmek veya onu helâkinden korkulacak derecede döğmek veya kendi ebeveynini az olsun çok olsun darb etmek haramdır. Bir şahs, ikraha mebni bunları yapamaz, nefsler müsavidir, anaya babaya ezada bulunmak ise kat'iyyen memnudur, artık nefsini korumak için bunları irtikâb edemez.

Hattâ mücbir, kendisini döğmek veya öldürmek üzere mükrehe izin verse de mükrehin bunları yapması mübah olmaz, yaparsa âsim olur. Nasıl ki, bir insan bunları kendi hakkında da yapamaz haramdır. Bunlar ibahle ile mübah olmazlar.

Fakat bir ikraha mücbire mebni şarab içmek, meyte veya hınzir eti yemek gibi şeyler lâzımülcra olur, bunları bu halde yapmak farzdır, bunları yapmayıb bu yüzden katl edilmesi günaha bâisdir. Meğer ki bunları

yapmaya şer'an mezun olduğunu bilmesin. (Bedâ'î, Hindîyye.)

149 — : Zina da katl hükmündedir. Binaenaleyh ikrah ile zina mübah olmaz. Hattâ İmamı Âzamın bir kavline göre mükrehen zinada bulunan şahs hakkında hâddi zina cezası lâzım gelir. Fakat imameyne göre lâzım gelmez. İmamı Âzam da bilâhare buna kail olmuştur. Bu halde kadının mehri zâniye lâzım gelir. Kadın da zina için ikrah edilmiş olsun olmasın. İkraha maruz kalan kimse, zinâdan imtina eder de bu yüzden öldürülürse mecûr olur. Bilâkis bunu irtikâb ederse günaha girer. İkraha rağmen nefsinin temkin etmeyip de hakkında cebren bu fazihe irtikâb edilen kadın, âsim olmaz.

Velhâsıl : Zinâdan imtina etmek herhalde elzemdir. Şu derecede ki, bir harbî, bir müslime : «Su cariyeyi zinâ etmek üzere bana teslim edersen esir bulunan bin müslümamı sana def' eder, esaretten kurtarırım.» dese de o müslim için o cariyeyi bu harbiye teslim etmek helâl olmaz. Hindîyye, Hizanetül'müftîn.)

150 — : Bir kimse, bir takım eşhas tarafından «Mâlinin yerini göster, ve illâ seni katl ederiz.» diye tehdid olunduğu halde mâlini göstermeyip de bu yüzden katl edilse âsim olmaz. Mâlini göstermekle alacak olsalar, bu mali kendisine karşı zâmin olurlar. (Mebûs, Hindîyye).

(Zâhiri'lere göre ikrahlar şu iki kısma ayrılırlar :

(1) : Söz üzerine ikrahdır. Bu ikrah ile hiç bir şey vâcib, sâbit olmaz. Meselâ : Bir kimse, vâki olan ikraha mebni küfr etse, kazifde, ikrarda, nikâhda, talâkda, beyi ve şirada, nezrde, yeminde, itakda, hibede bulunsa veya bir gayrî müslim iman etse bunların hiç biri muteber olmaz. Çünkü mükreh, mücbirin emr ettiği sözü hâkidir. Hâki üzerine ise bir şey lâzım gelmez. Meğer ki kendisi de bunlara bilihtiyar niyyetde bulunsun. Nitekim : (اِجْمَاعُ الْعَمَلِ بِالْأَيْتِ وَلَكِنْ أَمْرِي مَأْمُورٌ) buyurulmuştur. Evet.. Amellerin hükmleri ancak niyyetlere göredir. Ve herkes için niyyet ettiği şey sâbitdir.

(2) : Fi'il üzerine ikrahdır. Bu da iki kısımdır. Biri, zaruret halinde mübah sayılacak bir fi'il üzerine ikrahdır. Diğeri de zaruretin ibahe edemeyeceği bir fi'il üzerine ikrahdır.

Meselâ : Bir kimse için ikrah üzerine şarab-içmek, hincir eti yemek veya bir müslimin veya bir zimminin bir malını yemek mübahdır. Böyle başkasının malını yediği takdirde hazır malı var ise yediğinin kıymetini vermesi lâzım gelir. Hazır malı yok ise üzerine bir şey lâzım gelmez.

Kezalik : Bir kimse, saneme, salibe secde etmek üzere cebre maruz kalsa Allah Taâlâ secde niyetiyle hemen secdeye kapanabilir, sanemin veya salibin cihetine secde etdiğine aldırılmaz. Çünkü (فَأَيُّهَا تَوَلَّوْا قِهْرًا) buyurulmuştur.

Fakat bir kimse, bir masûmüddem şahsı öldürmek, yaralamak, döğmek veya malını ifsâd etmek üzere ikrah olursa bunları yapması mübah olmaz. Bunları bilikrah yapan kimse hakkında da kısas, zaman lâzım gelir. Çünkü kendisine yapması haram olan bir şeyi yapmış olur.

Kezalik : Masiyet yolunda olan, meselâ : Helâl olmayan bir yolculukda veya helâl olmayan bir mukatelede bulunan kimsenin, muztar kalsa da şarab içmesi, kan veya meyte eti gibi şeyleri yemesi tevbe edinceye kadar mübah olmaz. Çünkü böyle bir müsaade onun isim ve udvanda bulunmasına, kat'i tarikde, fesâdı sebilde bulunmasına yardım demektir. İmam Şafiî ile Ebû Süleyman'ın kavli de böyledir. İmam Malik'e göre ise böyle bir kimse de bunları ıztırar halinde yiyib içebilir.

Lûgatde ikrah denilen ve his ile bilinen her şey ikrahdır. Katl ile, darb ile, habs ile, ifsâdı mâl ile olan tehdidler, ikrahdır. Veleve ki böyle bir tehdid, başka bir müslûman hakkında yapılacak suretle vuku bulsun.

Bir iki sevt ile, yani neden olursa olsun döğme âletiyte yapılacak döğme tehdidiyle de ikrah tahakkuk eder. (Elmuhallâ.)

İKRAHIN HÜKMLERİ :

151 — : İkrah-ı muteber ile, yani : Şeraitini camî' bir ikrah ile yapılan ve kabili fesh olmayan bir tasarrufı kavli, nâfizdir, fesh edilemez. Ancak bunlardan dolayı bir zaman lâzım gelirse o mücbire tazmin etdirilir.

Nikâh, talâk, ric'at, iylâ, zihar, nezr, katili kisasdan afiuv bu kabildendir.

Meselâ : Bir kimse, bir kadını mehr-i mislinden ziyade bir mehr ile bilikrah tezevvüc etse nikâh sahih olur, fesh edilemez. Fakat mehr-i mislinden ziyadesi muteber olmaz. Bu ziyade mehri, mücbirin tazmin etmesi lâzım gelmez. Fakat İmam Tahtâvî'ye göre bu ziyade dahi lâzım gelir, ancak bunu mükreh, mücbirden alır. (Hindiyye, Bezzaziyye.)

Kezalik : Bir kimse, mehr tesmiyesiyle almış olduğu zevcesinin kabledduhûl ikraha mebni tatlik etse talâk sahih olur. Ancak kadına verilmesi lâzım gelen nısf mehri, mücbirin tazmin etmesi icab eder. Münakehât mehasine müracaat!.

152 — : İkrah-ı muteber ile yapılan ve kabili fesh bulunan tasarruflar, ikrah ile yapılıncâ nâfiz olmaz. Belki mükreh, muhayyer olur. İkrahin zevâlinden sonra dilerse bunlara icazet verir, tasdik eder ve dilerse bunları fesh eder, ikrarını tekbiz eyler. Bu hususda ikrahin mülcî ve gayrı mülcî olması müsavidir.

Beyi ve şirâ, icar ve isticar, rehin, hibe, vakf, ferağ, tecil-i deyn, iskât-ı şüf.a, kefalet, bir deyni veya bir ayni ikrar, mal dâvasından bir şey

üzerine sulh, talâkdan başka bir hususa vekâlet medyunu ibra bu kabil tasarrufatdandır.

Meselâ : Bir kimse, bir malını ikraha mebni satsa bilâhare bu satış muamelesini fesh ederek o malını istirdad edebilir. (Netice, Feyziyye, Ali Efendi.)

153 — : Bir kimse, vuku bulan ikraha mebni satdığı malı, müşterisi başkasına satarak elden ele geçmiş bulunsa da akdi bey'i fesh ile istirdad edebilir. Meğer ki müşteri, o malda feshi kabil olmayan bir tasarrufda bulunmuş olsun. Artık mükreh, akdi fesh edemez, belki malının bedelini müşteriye tazmin etdirir.

154 — : Mükrehen vuku bulan beyiler ile fâsiden yapılan beyiler arasında birkaç vechile fark vardır. Ezcümle mükrehen beyi vukuunda mebi, yukarıdaki mesele vechile elden ele geçmiş olsa da mükreh, akdi fesh ile mebi istirdad edebilir. Bey'i fâsid de ise müşteri, mebi bâdelkabz başkasına bey'i sahih ile satarsa artık birinci bâyiin hakk-ı feshi sâkit olur. Çünkü bir bey'i fâsidin fesâdı, kabili fesh olması, hakk-ı şer'iden dolayıdır. Buna hakk-ı abed, yani : İkinci müşterinin hakkı taallûk edince bu hak, abdin ihtiyacından dolayı takdim olunur. İkraha suretiyle olan fesâd-i akd de ise fesâd, hakk-ı abdin, yani : Mükrehin hakkının taallûkuna mebnidir. Buna bilâhare diğer bir abdin de hakk-ı taallûk etse bu haklar mütesavi bulunmuş olur. Binaenaleyh ikinci hak sahibini tercihe medar bulunmadığından birinci hak sahibinin yani : Mükrehin hakkına, akdi feshe olan selâhiyyetine hâlel gelmez.

Bir de bey'i mükrehde, mükreh bâyi ise semen ve müşteri ise mebi elinde emaneyet bulunur, taaddisi olmaksızın zayi olsa kendisine zamanı lâzım gelmez. Binaenaleyh mükreh, bilâhare bey'i fesh ile mebi veya semeni istirdad etse elinde telef olanı tazmin etmekle mükellef olmaz. Halbu ki fâsid bir beyide mebi ile semenden her biri mazmundur. Bunlar taaddi ve taksir olmaksızın da telef olsalar misillerini veya kıymetlerini tazmin lâzım gelir.

Bir de bey'i mükrehi yalnız mükreh olan taraf fesh edebilir. Bey'i fâsidi ise iki taraf da fesh edebilir.

Bir de bey'i mükreh, icazetle caiz olur. Bey'i fâsid ise icazetle caiz, sıhhte münkâlib olmaz. (Bedâyi, Hindiyve, Reddimuhtar.)

155 — : Bâyi ile müşteriden ikisi de mükreh olunca ikisi de ikrahın zevâlinde sonra muhayyer olur. Binaenaleyh müşteri, mebi kabz etdikden sonra bey'e icazet verse onun hakkında bey'i caiz, bâyiin muhayyerliği bâki olur. İkisi de ikrahın zevâlinde sonra bey'i müciz olsalar ikisinin de muhayyerliği sâkit olur. (Hindiyve.)

156 — : Bir kimse bir şahsı ikrah-ı mülciye binaen katl etse İmamı

Âzâm ile İmam Muhammed'e göre kısas mükrehe değil, mücbire lâzım gelir. Şu kadar var ki, mükreh de ta'zir olunur. İmam Ebû Yusuf'a göre mükrehe de, mücbire de kısas lâzım gelmez, mükrehe diyet vermesi icab eder. İmam Züfer'e göre ise kısas mükrehe lâzım gelir, mücbire değil. Fî'ye göre de her ikisine de vâcib olur. Çünkü katl, âdeten zuhukı hayâtü müfzi olan fi'ilin ismidir. Bu fi'il ise her ikisinde bulunmuştur. Şu kadar var ki, mükrehden mübaşeret, mücbirden de tessebbüden vuku bulmuştur. Artık kısas ikisine de lâzım gelir.

İmam Züfer'e göre katl, hakikaten, hissen ve müşahedetle mükreh tarafından vuku bulmuştur. Mahsusî inkâr ise mükâberedir. Hakikate itibar ise asıldır, bir delil bulunmadıkça bundan udûl edilemez.

İmam Ebû Yusuf'a göre de mücbir hakikaten katil değildir, belki katle sebebidir. Katil ise hakikaten mükrehdir. Artık mükrehe kısas vâcib olmayınca mücbir üzerine de vâcib olmaz.

İmamı Âzama göre ise mânen katil, mücbirdir. Mükrehden vuku bulan ise sureti katildir, bu cihetle mükreh âlet-i katil mesâbesindedir. Maahaza bir hâdis-i şerif'de : عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِحَقِّهَا قَتَلَ نَفْسًا بِحَقِّهَا» buyurulmuştur. Yâni : Bu ümmeti merhumeden hata ve nisyan tarikiyle veya cebbü ikrah ilcasıyla vuku bulan şeyler me'fuvdur, bir şeyden afv ise onun mucebinden de afvüddür. Artık bu hâdis-i şerifin zahrine nazaran müstekrehen yapılan bir katlin mücebi olan kısas da me'fuvdur, artık mükrehe kısas lâzım gelmez. (Bedâ'î, Fethül'kadir.)

157 — : Bir maktulün mükellef olan vârisleri katili, maruz kaldıkları bir ikraha mebni kisasdan af etseler, af sahih ve muteber olur. Çünkü hazl ile sahih olan tasarruflar, ikrah ile de sahih olur. Kisasdan afv hususunda ise hazl ile cid müsavidir.

İkrah ile yapılab diyet itâsını icab eden cinayetlerde de diyet itâsı, mükrehe değil, mücbire lâzım gelir. (Neticetül'fetavâ.)

158 — : Cebre müstenid olan arazi ferağı, sahih değildir.

Meselâ : Bir kimse, zevcesi hakkında cebr ve ikrahda bulunmak suretiyle kendisini vekil tâyin etdirerek kadının arazisini başkasına ferağ etse muteber olmaz. Kadın bilâhare bu ikrahi isbât ederse arazisini istirdad edebilir. (Abdürrahim Fetavâsı.)

159 — : Bir müslim riddet üzerine ikrah edilse zevcesi mübâne olmaz. Kadın «Ben senden mübâne oldum.» deyip o müslim de «Kalbim mutmainnün bil'imani olduğu halde ben o riddeti izhar etdim.» dese söz, istihsânen o müslimin olur. Çünkü fırkâti, islâmiyyetden insilâhı münkidir.

Bir gayri müslim ise mükrehen müslüman olsa — hakkında hayr-i mahz olduğuna ve zâhiri haline nazaran — islâmına hükm olunur. Fakat böyle ikraha mebni müslüman olan bir şahs bilâhare islâmdan rücu etsa irtidadına mebni katl edilemez. (Muhît, Haniyye, Fethül'kadir.)

Yirmi Dördüncü Kitabın Sonu

— «0» —

YİRMİ BEŞİNCİ KİTAB

GASBA VE İTLÂFA DAİR HÜKMLERİ HAVİ OLUB BİR MUKADDİME İLE İKİ BÖLÜMDEN MÜTEŞEKKİLDİR

M U K A D D İ M E GASB VE İTLÂFA MÜTEALLİK BAZI İSTİLAHLAR :

1 — (Gasb) : Lûgatde başkasına aid bir şeyi istimâl etmek için düşmanlık ve tegallüb yoluyla alıvermekdir, o şey gerek mal olsun ve gerek olmasın.

İstilahda: «Bir kimsenin mütekavvim ve muhterem bir malını sarahaten ve delâleten veya âdete nazaran izni olmaksızın haksız yere elinden veya daire-i tasarrufundan ahz etmektedir.»

Gasbın lûgavî mânası, istilahî mânasından eamdır, daha şümûllüdür.

Meselâ : Hür bir insanı alıp kaçırmaya lûgatde gasb denilirse de istilahda gasb denilmez. Gasb yerinde «İğtisab» da kullanılır.

(Maliki'lerce gasb, istilahda : «Başkasının malını kahr ve taaddi suretiyle bilâ hirabetin ahz etmektedir.» hirabe kaydıyla yol kesiciler tarifden haric bırakılmışdır. Çünkü yol kesicilik de lûgaten bir gasb ise de hususî ahkâma tâbi olduğundan istilah itibariyle gasb değildir. (Şerh-ı Muhammed Hırşî.)

(Safii'lerce gasb; lûgatde bir şeyi zulmen ahz etmektedir. İstilah-ı şer'îde : «İstilâden, yani başkasının hakkına zulüm ve taaddi vechile el koymakdan ibaretdir.»)

(Hanbeli'lere göre de gasb : «Harbiden başka bir şahsın örfen istilâ sayılan bir fi'il ile bir kimsenin hakkına haksız yere kahren müsteavlî olmasıdır.» Harbînin istilâsı, gasb değildir, o istilâ ettiği bir mala malik olur. Sirkat, nehb, ihtilâs da gasb değildir. Çünkü bunlarda kahr ve istilâ yoktur. Gasbın mücahereten, yani alenen olması da şart olarak gösterilmektedir. (Keşşafül'kına.)

2 — (Gâsıb) : Başkasının malını elinden veya daire-i tasarrufundan tegallüb tarikiyle haksız yere alenen ahz eden kimsedir.

Meselâ : Bir zatın emini elinde bulunan bir malı, kendisinin daire-i tasarrufunda bulunmuş olur. İşte bu malı başkasının haksız yere tegallüben alması da bir gasbdır ki, o zatın elinin kasr etmiş, yani bu malında tasarrufdan men eylemiş olur.

3 — (Magsub) : Başkasından haksız yere tegallüben ve alenen ahz

edilen şeydir. Bunun ıstılâhen magsub sayılabilmesi için mütekavvim, murtarem bir mal olması lâzımdır. Gasb lâfzı da «Magsub» mânasına kullanılır.

4 — (Magsubünminh) : Elindeki veya daire-i tasarrufundaki bir malı başkası tarafından tegallüben ve alenen ahz olunan kimsedir.

5 — (Ahz) : Bir kimsenin bir şeyi olması, tutması, tahsil edib kendi nefsine zam etmesi demektir ki bazen meşrû surette olur, bazan de kahr ve galebe yoluyla olarak gasb veya sirkat sayılır.

6 — (Kaimen kıymet) : Binaların veya ağaçların bulundukları yerde durmak üzere kıymetleridir. Bunu tâyin için bunların bulundukları yer, bir kerre bu binalar ile veya ağaçlar ile beraber, bir kerre de bunlardan halî olarak takvim olunur, yani kendisine kıymet biçilir, aradaki fark ne ise o, bu binaların veya ağaçların kaimen kıymeti olmuş olur.

Meselâ: Bir arsanın kıymeti üzerindeki müstekar bina ile beraber bu binadan halî olduğu halde ise beş yüz lira olarak tesbit edilse bu binanın kaimen kıymeti beş yüz lira olmuş olur.

Binaların böyle kaimen kıymetine (Mebniyyen kıymet) de denir. Ağaçların kaimen kıymetine de (Nabiten kıymet) de denilir.

7 — (Maklûan kıymet) : Arsa üzerindeki bir binanın veya ağacın kal'ından, yani yıkılmasından, koparılmasından, sökölüb atılmasından sonraki kıymetinden ibaretdir.

Meselâ : Bir binanın kıymeti, arsa üzerinde iki bin lira, yıkıldığı takdirde beş yüz lira olsa maklûan kıymeti, kaimen kıymetinin yarısına müvavi olmuş olur.

8 — (Müstahikkul'kali' olan kıymet) : Bir binanın veya ağacın maklûan kıymetinden söküb yıkma ücreti çıkarıldıktan sonra bâki kalan miktardır.

Meselâ: Bir binanın maklûan kıymeti beş yüz lira, yıkılması ücreti de yüz lira takdir edilse müstahikkul'kali' olan kıymeti dört yüz lira etmiş olur. Bu kıymete (Mamûren bil'kali' kıymet) de denir.

9 — (Tarik-i âm) : Gayrı mahsur — Sayısız bir kavmin gidib gelmekde oldukları yoldur. Nâfiz ve gayrı nâfiz olabilir. Gayrı nâfiz tarik, çıkmaz yol demektir.

10 — (Tarik-i has) : Mahdûd kimselerin mülkünde bulunan yoldur ki nâfiz ve gayrı nâfiz olabilir. (Reddül'muhtar.)

11 — (Hâit) : Duvar, tahta perde ve çit demektir. Ce'mi haytândır.

12 — (Marre) : Tarik-i âmdan mürûr ve ubûr eden, yani geçib giden kimselerdir. Yoldan geçib gidene (Gabiri sebil) denir.

13 — (Noksan-ı arz) : Bir yerin üzerine ekin ekilmeden, veya bina yapılmadan evvel değeri olan kira bedeliyle ekin ekildikten veya bina yapıldıktan sonra değeri olan kira bedeli arasındaki mikdardır.

Meselâ : Bir tarlanın ziraatden evvel kira bedeli bin, ziraatden sonra ise sekiz yüz kuruş olsa noksan-ı arz, iki yüz kuruş olmuş olur. Müftabih olan budur. Fakat bazı fukahaya göre böyle bir tarlanın ziraatden evvel satıldığı takdirdeki kıymeti ile ziraatden sonra satıldığı takdirdeki kıymeti arasındaki tefavüt ne ise noksan-ı arz ondan ibaret bulunmuş olur. (Mecmaül'enhür.)

14 — (Mübaşeretden itlâf) : Bir şeyi başkasının fi'ili araya girmeksizin bizzat itlâf etmektir ki o şeyi böyle telef edene (Fâil'i mübaşir) denir.

15 — (Tesebbüden itlâf) : Bir şeyin telef olmasına sebep olmaktır. Yani bir şeyde başka bir şeyin âdet cereyanı üzerine telefine müeddi olan bir işi vücuda getirmektir. Bunu böyle yapan şahsa (Mütesebbib) denir.

Meselâ : Bir kimse asılmış bir kandilin ipini kesmekle kandil yere düşüb kırılrsa ipi kesmesine göre fâil-i mübaşir, kandilin kırılmasına sebebiyet vermesine göre de mütesebbib bulunmuş olur.

(B İ R İ N C İ B Ö L Ü M)

GASBA DAİRDİR

İÇİNDEKİLER : Gasbın rükünleri. Gasbın şartları. Gasbın hükmleri. Akarlarda gasb carî olup olmadığı. Magsubun zevâidi, münafii mazmun mudur. Gasibül'gasıbın hükmü. Gasb edilen şeylerin red ve istirdadı. Gasb edilen şeylerin misilleriyle veya kıymetleriyle tazmini. Magsubun tağyir ve tagayyürüne müteallik hükmler. Gasb sayılıb sayılmayan haller. Gasba dair dâvalar ve beyyineler.

GASBIN RÜKÜNLERİ :

16 — : Gasbın rükünleri, bir malın ayninde yapılan bir fi'il ile muhik eli izâle ve mübtıl eli isbatdan ibaretdir. Böylece izâle ile beraber isbât, tahakkuk etmedikce gasb vücuda gelmiş olmaz. Bu, İmamı Âzam ile İmam Ebû Yusuf'a göredir.

Binaenaleyh bir kimse bir mala bihakkin vaz-ı yed eden bir şahsın elinden o malı cebren alıb götürürse bu alıb götürmek fi'iliyle o maldar. o şahsın muhik olan elinin izâle etmiş ve o mala kendisinin mübtıl olan eli mi haksız yere vaz-ı etmiş olacağından bu hareketi bir gasb olmuş olur. Bunda bütün fukahanın ittifakı vardır.

Fakat İmam Muhammed'e göre gasb, yalnız muhik eli izâle ile de vücuda gelir. Velev ki mübtıl eli isbât bulunmasın.

(Eimme-i Selâseye göre ise gasb, yalnız yed-i mübtileyi isbât ile de tahakkuk eder. Velev ki yed-i muhikkayı izâle bulunmasın.)

Bu ihtilâfın semeresi şu gibi meselelerde tezahür eder :

(1) : Bir kimse başkasının bir malını, meselâ hayvanını tagallüben alıb götürse bilitifak gâsıb olur. Çünkü bunda hem muthik eli izâle, hem de mübtıl olan eli isbât vardır.

(2) : Bir kimse bir şahsı bir malının, meselâ koyunlarının başından tagallüben uzaklaştırmakla veya hapis etmekle koyunlar zayi olsa, İmamı Âzam ile İmam Ebû Yusuf'a göre o kimse gâsıb olmuş olmaz. Çünkü koyunlar üzerinde yed-i mübtilesini isbât etmiş değildir. Fakat İmam Muhammed'e göre gâsıb olur. Zira sahibinin yed-i muhikkasını izâle etmiştir.

(3) : Bir kimse başkasının döşeyib yapmış olduğu bir yatağına izni olmaksızın gelib yatsa da bâdehû bu yatak kendisinin taaddisi ve taksiri olmaksızın telef olsa bu kimse, Eimme-i Hanefiyyeye göre gâsıb sayılmaz.

Çünkü bu yatağı başka yere alıp nakl etmemiş, bunda sahibinin muhik eli berdevam bulunmuştur.

Fakat Eimme-i Selâseye göre gâsıb sayılır. Zira bunda yed-i muhik-kayı izâle yok ise de yed-i mübtileyi isbât vardır.

Meselâ Şafiî fukahası diyor ki : Bir kimse başkasının sarahaten veya delâleten izni olmaksızın firâşına otursa veya hayvanına binse gâsıb olmuş olur. Velez ki bunları yerinden nakl etmesin. Çünkü bununla istilânın gayesi tahakkuk etmiş olur (Hindiyye, Netayicül'efkâr, Mecmaül'enhür, Nihayetül'muhtac.)

(4) : Bir kimsenin gasb ettiği bir hayvana başka bir hayvan veya yavrusu kendiliğinden uyarak gitse telefî takdirinde bu tâbî hayvan için zaman lâzım gelmez. Çünkü bunda gâsıbın sun'î yokdur, bu tâbî hayvana yed-i mübtilesini vazî' etmiş değildir.

(5) : Bir kimse başkasının mülkü içinde rızası olmaksızın hayvanına binse de oradan bir tarafa sürmeksizin hemen iniverse, Eimme-i Hanefiyyeye göre gâsıb sayılmaz. Binaenaleyh o hayvan bâdehû telef olsa tazmini lâzım gelmez. Çünkü bu hayvan bir tarafa nakl edilmemiş, bu cihetle sahibinin yed-i muhikkası izâle olunmamıştır.

(6) : Akarda gasbın cereyan edib etmemesi, gâsıbın elinde magsubdan hâsıl olan ziyade-i muttasıla ile ziyade-i münfasılanın ve sair menfaatlerin mazmûn olup olmaması hakkındaki ihtilâf da bu yed-i muhikkanın izâlesine lüzûm olup olmaması esasına müstenid bulunmaktadır. Nitekim ileride izah edilecektir.

GASBIN ŞARTLARI :

olur. (Hindiyye, Tahtâvî.)

17 — : Gasb edilen şeyin mal olması şarttır.

Binaenaleyh hür olan insanlarda gasb cereyan etmez.

Kezâlik : Bir buğday danesi, bir katre su veya bir avuç toprak, iddihar edilecek bir mal olmadığından bunlarda gasb-i istilâhî carî olmaz.

Kezâlik : Lâşeyi, yani : Kendi kendine ölüb eti yiyilmez olan hayvanı almak gasb değildir.

Kezâlik : Bir kimse başkasının yumurtalarını veya cevizlerini izni olmaksızın kırsa da içleri bozulmuş bulunsa üzerine zaman lâzım gelmez. Çünkü bir malı istihlâk etmemiş olduğu tebeyyün etmiş olur.

Kezâlik : Bir kimse bir şahsın râic olan bir dirhemini kırıp da bunun bakır veya kalay olduğu anlaşılrsa tazmini icab etmez. Zira bunun maliyetini gidermiş olmaz, belki mağşuşiyyetini, hiyanetini meydana çıkarmış

18 — : Gasb edilen şeyin mütekavvim, yani muhrez, intifai şer'an mübah olması şarttır.

Binaenaleyh muhrez' olmayan şeylerin, meselâ hüdayi nâbit otların ve mübah dağlardaki ağaçların alınması bir gasb değildir

Meselâ : Bir kimse başkasının arsasında teşebbübü olmaksızın hüdayı nâbit olan bir otu alacak olsa gâsib, telefi takdirinde bedelini zâmin olmaz

Kezalik: Müslümanlara göre hamr' ve hinzir, mali mütekavvim değildir. Bununla temevvül haramdır. Bu cihetle bir kimse, bir müslümanın hamrını elinden alsa bakılır : Mevcud ise aynen reddi lâzım gelir. Fakat itlâf edilmiş olunca kıymetini tazmin lâzım gelmez. Hattâ hamrı dökmek için kabı kırılrsa bakılır, eğer bu kab kırılmaksızın hamrı dökmek kabil bulunmamış ise bu kabın da kıymetini tazmin icab etmez. Fakat kırılmaksızın dökmek mümkün bulunmuş olunca İmam Muhammed'e göre bu kabı tazmin lâzım gelir. (Tahtavî.)

Fakat gâsib, bu hamrı sirke yapacak olsa bunu sahibi istirdad edebilir. Çünkü hamr, mütekavvim ve temevvüle mahal olmadığı halde yine bir mülkdür, sahibinin memlûküdür. Mülk, aynın sıfatıdır. Ayn ise bâkidir. Ademi tekavvüm ve ademi temevvül bunu mülkiyetden çıkaramaz. Şu kadar var ki gâsib, bunu sirke yapmak için tuz ve saire sarf etmiş ise bunların kıymeti nisbetinde o sirkeye ortak olur.

Meytenin derisi hakkında da hükm böyledir. (Mebûs-ı Serahsî.)

Gayri müslimlere aid hamr ve hinzir hakkında (93) ncü meseleden sonra müracaat!

19 — : Gasb edilen şeyin muhterem bir mal olması, yani meşrû bir sebebe müstenid olmaksızın ahz edilmesinin haram ve memnu bulunması şartdır.

Binaenaleyh bir kimse mümatil bulunan medyûnunun zimmetinde olan alacağını onun ayın cinsinden olan bir malından bizzat istifa etse gâsib sayılmaz. Çünkü bu malı almaya şer'an mezundur.

Kezalik : İslâm kuvvetlerinin dari harbde muharib olan düşmanlarının malından elde ettikleri ganimetler gasb değildir. Çünkü bu mal, muhterem değildir. (İnâye, Kuhüstânî.)

20 — : Gasb edilen malın gizlice değil, mücahereten alınması şartdır.

Bir malı haksız yere gizlice almak ise sirkatdır ki hususî hükümlere tâbidir. Nitekim sirkat bahsinde tafsîlâtı yazılmışdır.

21 — : Gasb edilen malın kabili nakl olması, İmamı Âzam ile İmam Ebû Yusuf'a göre şartdır.

Binaenaleyh bu iki imama göre akarda gasb carî değildir. Fakat İmam Muhammed'e göre akarda da gasb carîdir. Müşarünileyhe göre gayrimenkûl mallar da istilâ, izâle-i yed makamına kaimdir. Şöyle ki: Bir kimsenin akarına zav-ı yed edib sahibini o akardan çıkarmak veya o akarda cebren ikamet etmek, muhik eli izâle, mübtıl eli isbât makamına kaim olur, bu

vechile akarda da gasb cereyan eder. Nitekim ileride izah edilecektir.

GASBIN HÜKMLERİ :

22 — : Gasbın uhrevî hükmü, günahdır, azâba istihkakdır. Çünkü nâsın muhterem, mütekayyim olan malları her türlü tecavüzden masundur. Bunlardan birine bile bile tecavüz eden kimse, zulüm etmiş, hakkın emrine muhalefet ederek cem'iyet arasında fena bir misâl vücuda getirmiş, gerek şahısların ve gerek âmmenin emniyetini selb, menfaatini ihlâl eylemiş, emlâk hürriyetine riâyet etmemiş olur.

Bir âyt-i kerîmede : لَا يَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَاطِلًا buyurulmuştur.

Yani : Mallarınızı aranızda bâtil yere yemeyiniz, birbirinizin mallarına haksız yere musallat olmayınız.

Bir hadis-i şerif'de de : لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّنْ أَلَا بَطْلَةً فَمِنْ مَنَّهُ buyurulmuştur. Yani : Bir müslim kişinin malı kimseye helâl olmaz, meğer ki kendi hüsn-i rizasiyle olsun.

Diğer bir hadis-i şerifde de : سَابَ الْمُسْلِمَ فَقَوْلُهُ كَفَرٌ وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ نَفْسِهِ buyurulmuştur. Yani müslümana sövmek fıskdır, onu öldürmeği caiz görmek küfrdür, malının hürmeti de nefsinin hürmeti gibidir ki istihlâli küfre müeddidir.

Ancak başkasının malını bir yanlışlık neticesi olarak hataen alıp istihlâk etmek, uhrevî mes'uliyyeti müstelzim değildir. Çünkü hata ma'fûvdür. Şu kadar var ki bedeli, mümkün olduğu halde ödenmezse bundan dolayı mes'uliyet teveccüh eder.

23 — : Gasbın dünyevî hükmü, magsubu mevcud ise sahibine aynen iade etmekden, telefi takdirinde de bedelini zâmin olmakdan ibaretdir. Nitekim ileride izah edilecektir.

24 — : Gâsıb, gasb vaktinden itibaren zaman mukabilinde magsuba malik olmuş olur. Şu kadar var ki bilfi'il zaman bulunmadıkca bu mülk, nakısdır.

Binaenaleyh gâsıb, magsubu satıp bâdehû gasb günündeki kıymetini maksubünminhe ödese bu satış muamelesi nâfiz olur. Fakat magsub olan memlûkü azâd edip bâdehû kıymetinin tazmin etse itak, nâfiz olmaz. Çünkü zaman bulunmadıkca gâsıbın magsuba malikiyeti nakısdır. Nakıs bir mülk ise bey'in nefazı için kifayet ederse de itakın nefazı için kifayet etmez.

Fakat bu memlûkü gâsıb tarafından daha tazmin bulunmadan satın alan şahs azâd, bâdehû kıymetini gâsıb tazmin etse — esah olan kavle göre — onun bu itakı nâfiz olur. Çünkü bu itak, haddi zatında tam bir mülk üzerine terettüb etmiş olur. Nitekim bu satış muamelesine magsu-

bünminhin icazet verdiği takdirde de hükm böyledir. (Dürrimuhtar, Red-dimuhtar.)

25 — : Magsub, adı tamamen değişecek suretde tagayyür edince, meselâ buğday iken öğüdülerek un haline gelince gâsıb, ona zamanı mukabilinde derhal malik ve daha bedelini ödemeden onunla hemen intifa etmesi helâl olur mu? Bu meselede iki kavil vardır. Bir kavle göre gâsıb, müccerred böyle bir tagayyür ile magsuba malik olmaz. Binaenaleyh onunla intifa da helâl olmaz. Belki gâsıb, ya bedel-i zamanı tediye etmeli veya bu zaman ile hâkim tarafından hükm edilmeli veya iki taraf zamana razı olmalıdır ki, bu mülkiyyet sâbit ve intifa caiz olsun.

Diğer kavle göre ise bu halde malikiyyet derhâl sâbit olur. Omunla intifa ise istihsanen helâl olmazsa da kıyasen helâl olur. Çünkü gâsıb için mülk sâbit olmuştur. Tıyb olmanın şartı ise bedel ile mülkiyyetin sübû-tudur. Bunun içindir ki gâsıb daha bedelini vermeden bu malı başkasına satabilir, hibe edebilir, bunlar maâlhurme nâfiz olur. Bu, İmamı Âzam'ın kavlidir. İmam Züfer de buna kâildir. Müşarünileyhe göre magsub böyle tagayyür edince, meselâ magsub buğday un edilince, veya et pişirilince bundan magsûbunminhin hakkı münkatî' olarak kıymetinde takarrür eder. 'Artık magsubunminhin rızasına itibar olunmaz, gâsıb onu yiyebilir, ve dilediğine yedirebilir.

İstihsan cihetine gelince gâsıb, ya bedel-i zamanı ödemeli, veya bedel-i zaman ile hükm edilmeli veya-gâsıb ile magsubünminh muayyen bir bedel üzerine sulh olmalı, yahud magsubünminh, gâsıbı ibrada bulunmalıdır ki gâsıbın bundan intifai helâl olsun. Bu da imâmeynin kavlidir, müftabih olan da budur. İmâmeyne göre o malın gâsıba tıyb olmasının şartı bedelinin verilmesidir.

İmam Necmüddin Ömer-i Neseffî'den nakl olunduğuna göre bu zat, İmamı Azamdan bu hususda nakl edilen malikiyyet kavlini tashih etmemekdir Hanefiyyenin muhakkikleri 'indinde sahih olan şudur ki: Gâsıb, magsûba malik olamaz. Ancak zamanı edâ ile veya hâkimin zaman ile hükm etmesiyle veya zaman üzerine magsubünminh ile terazide bulunmakla malik olur. Ve bu sebeplerden birile magsuba malik olduğu halde de ondan tenavüli helâl olmaz. Çünkü buna — beyi fâsidde kabz ile olduğu gibi — helâl olmayan bir fi'il ile temellük etmiştir. Meğer ki magsubünminh hakkını helâl etsin, o zaman bundan intifai helâl olur. (Muhît-i Bürhanî, Hindiyeye, Ebüssûd-i Mısırî.)

26 — : Bir kimse gasb ettiği meselâ bin kuruş ile bin beş yüz kuruş kıymetinde başka cinsden bir şey, meselâ taâm alsa da tenavül etse veya bunu başkasına hibe etse aradaki farkı, yani beş yüz kuruşu tasadduk etmesi lâzım gelmez, belki yalnız bin kuruşu magsubünminhe ödemesi lâzım gelir.

Maamafih magsub böyle tâyin ile taayyün etmeyen nükûd kabilinden bulunduğu takdirde bununla tasarruf neticesinde elde ettiği şeyden gâsıbın, daha bedelini magsubünminhe vermeden tenavül etmesi tiyb olmaz. Bundan hâsıl olan kazanc ise magsubun bedeli tazmin edildikten sonra da hiçbir halde gâsıba tiyb olmaz. Bu, meşayih-i Hanefiyyenin kavlidir.

Fakat bu mesele İmam Kerhî'ye göre şöyle bir tafsile tâbidir. Gâsıb, bir şey alırken magsub nakdi gösterib onunla o şeyi almış olursa hüküm evvelce beyan olunduğu gibidir. Amma gâsıb bu nakdi gösterdiği halde başkasını verse veya başka nakde işaret ettiği halde bu magsub nakdi verse hiç bir nakde işaret etmeyib mutlak suretde aldığı halde bu magsub nakdi verse bu üç suretde o satın aldığı mal gâsıba tiyb olur. Bazı zatlara göre zamanede haramın çokluğu ve bundan tevakkî müşkil bir hale geldiği cihetle nâsdan haracı defi' için bu babda fetvâ, İmam Kerhî'nin kavlîne göredir. (Muhît-i Bürhânî, Hindiiye.)

27 — : Bir kimse gasb ettiği nükud ile, meselâ bin kuruş ile tasarruf neticesinde aynı cinsden bin beş yüz kuruş elde etse İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre bunun bin kuruşunu magsubünminhe vermekle beraber kazanc olan beş yüz kuruşu da tasadduk etmesi lâzım gelir, bu beş yüz kuruş kendisine tiyb olmaz. İmam Ebû Yûsûf'e göre ise bin kuruşu magsubünminhe ödeyince mütebâki beş yüz kuruşu tasadduk etmesi lâzım gelmez.

28 — : Gâsıb, tâyin ile taayyün eden şeylerden olan magsub da, meselâ kıyemiyatdan bir kumaşda tasarrufda bulunub bir kazanc elde etse magsubun kıymetini magsubünminhe vermedikce bundan tenavül etmesi helâl olmaz. Kıymetini verdikten sonra da bu kıymetden fazla kalan kazanc gâsıba tiyb olmaz. (Hindiiye.)

29 — : Bir kimse gasb ettiği bir para ile veya meta ile tezevvüc ettiği kadına takarrüb edebilir, bu takarrüb helâldir. Bu paraya veya meta bir müstahik çıksa bununla nikâh, münfesih olmaz. Fakat bu para ile satın alacağı cariyeye takarrüb etmesi, sahîh olan kavle göre mübah değildir. Çünkü bunun sebebinde bir nevi hubs vardır. (Hindiiye.) Mehr, nikâhın bir rüknü değildir. Halbuki bu debel, bey'in bir rüknüdür, onsuz beyi vücuda gelemez. Bu cihetle nikâh ile beyi ve şirâ arasında bu bakımdan bir fark vardır.

30 — : Gâsıb hakkında hâkim tarafından münasib bir vechile tazir yapılabilir. Bunun derecesi, mikdarı hâkimin re'iyine muhavveldir.

(Malikî fukahası diyorlar ki: Gâsıb bâliğ veya mümeyyiz olunca te'dibi icab eder, kendisinden magsub istirdad edildikten sonra halinin islâh, ahlâkını tehzib için te'dibi cihetine gidilir. Hâkim tarafından ictihâdına göre haps edilir. Hattâ magsubünminh af etse de yine te'dibi lâzım gelir.

Çünkü bunda hakkullâh vardır. Bu te'dib, yer yüzünden fesâdı def' etmek içindir. — Yani bu, hukuk-ı umûmiyye muktezasıdır —.

Salih kimseye, yani kendisine gasb isnad edilemeyecek durumda bulunan bir zata gasb isnad eden şahs da te'dib olunur.

Kendisine gasb isnad edilen kimse mechûlül'hâl olunca, yani: Ne hayr ile ne de şer ile maruf bulunmayınca tahlif edilir mi? Bu hususda iki kavil vardır. Bir kavle göre yemin etmesi lâzım gelir. Diğer bir kavle göre mücerred gasb isnad edilmesinden dolayı yemin lâzım gelmez. Ezhar olan da bu ikinci kavldir. Çünkü herhangi dâvaki ancak iki âdil kimsenin şahade-tiyle sâbit olur, şahadetden mücerred olunca müddeaaaleyhe yemin tev-cih edilemez, bu bir esastır.

Kendisine gasb isnad edilen şahs, başkalarının hukukuna tecavüzle maruf olunca döğülür, habs edilir, hattâ bazı eimmeye göre ölünceye kadar da hapsi uzatılabilir. Böyle bir şahsın darb ve tehdid halindeki ikra-hiyle muahaze olunub olunamayacağı hususunda da ihtilâf vardır. (Muh-tasar-ı Ebizziya şerhi = Muhammed-i Hırşî).

(Hanbellî fukahasına göre gâsıbın magsub maldaki tasarrufatı hükmiy-vesi haramdır, sahih değildir. Şöyle ki magsub olduğu bilinen bir mal ile hac etmek, magsub yerde veya magsub libas ile namaz kılmak, magsub bir malı satmak, kiraya vermek, hibe veya vakf eylemek, magsub cariye ile evlenmek haramdır, gayrı sahihdir.

Tasarrufatı hükmiyye, hakkında sıhhat veya fesad hükmü cereyan eden tasarruflardandır.

Gâsıbın magsubdaki tasarrufatı gayrı hükmiyyesi de haramdır. Mag-subu itlâf veya istimâl etmek, magsubun aynıyle ticaretde bulunmak, mag-subu satıp semeniyle alış verişde bulunmak gibi.

Gâsıb, magsubu satmış ve semeniyle bir şey alıp ticaretde bulunmuş olursa onunla satın aldığı şey de, ondan elde ettiği kazanc da bütün mag-subun sahibine aid olur. (İknâ).

(Zâhiriyyeye göre de gasb yoliyle veya haram bir beyi veya haram bir hibe ile veya bir akd-i fâsid ile veya mülkiyyet zanniyle alınan şeyler sahiblerine red edilir. Bunlar telef olmuşlar ise misilleri red olunur. Vele-v ki uruz ve hububat kabilinden olsunlar. Misilleri bulunmazsa sahible-ri muhavver olur. Dilerse kıymetlerinin tazmin etdirir ve dilerse misille-ri bulununcaya kadar gâsıba mühlet verir. Gâsıb için bunlar ile veya bun-ların semerat ve hâsılatıyla intifa helâl olmaz. (Elmuhallâ.)

AKARLARDA GASB CARİ OLUB OLMADIĞI :

31 — : Akarlarda gasb cari olup olmadığı hususunda müctehidlerin ihtilâfı vardır. Şöyle ki: Bir akara bir kimse tagallüben vaz-ı yed etse ba-kılır. Bu akar olduğu gibi mevcut ise sahibine red ve iade edilmek icâb

eder. Bu, bir zaman-ı reddir, bunda ittifak vardır.

Kezalik: Bir kimse tagallüben el koyduğu bir hanenin bir yerinin yıksa veya o hane oturması sebebiyle harab olsa noksan-ı kıymetini zâmin olur, bu da bir zaman-ı itlâfdır. Bunda da ittifak vardır.

Fakat bir kimse bir akara tagallüben girib bir müddet içinde otursa İmamı Âzam'a ve İmam Ebû Yûsûf'ün son kavline göre o kimse bu akarı gasb etmiş sayılmaz.

Binaenaleyh o kimse içerisinde otururken taaddisi ve taksiri olmaksızın bu akar, sel altında kalsa veya üzerine bir dağ çökmekle yıkılıb gitse o kimseye zaman lâzım gelmez.

Fakat İmam Muhammed'e, İmam Züfer'e ve İmam Ebû Yûsûf'ün ilk kavline göre akarda da istihsanen gasb cari olur. Ve böyle bir telef vukunda zaman-ı bedel, lâzım gelir. Eimme-i Selâseye göre de böyledir. Nitekim aşağıda izah edilecektir.

32 — : Tagallüben el konulan akarlarda, yukarıdaki mesele vechile itlâf ve istihlâk bulunmadıkca zaman lâzım gelmez. Fetvâ da bu vechiledir. Fakat bundan yalnız şu dört mesele müstesnadır. Bunlar da İmam Muhammed ile rüfekasının kavilleri müftabih bulunmuşdur:

(1) : Vaki olan akarın aynı de, menafii de mazmundur.

Binaenaleyh bir kimse gasb ettiği bir vakf akar da bir müddet otursakirasını zâmin olacağı gibi o akar elinde iken taaddisi ve taksiri olmaksızın telef olsa kıymetini de zâmin olur.

(2) : Yetimlere aid olan akarların ayinleri de, menfaatleri de vaki akarlar gibi mazmundur.

(3) : Muaddün lil'istiğlâl olan, yani kiraya verilmek için tâyin edilmiş bulunan bir mülkün aynı de, menafii de vakf akarlar gibi mazmundur.

(4) : Gasb edilen bir akar, gâsıb tarafından başkasına satılıb teslim edilse mazmun olur. Çünkü beyi ve telsim, istihlâk demektir. (Mabsût-i Serahsî, Hidâye, Kuhüstânî, Eşbah Şerhi İbni Kemâl, Reddülmuhtar.)

33 — : Bir kimse bir şahsın bir mülk binasını gasb ve tagallüben hadm ve enkazını istihlâk etse bu binanın mebniiyen kıymetini zâmin olur. Bunu yeniden bina etmeğe cebr edilemez, arsanın kıymetini de zâmin olmaz. Çünkü arsa kâimdir. (Mecmua-i Cedide).

Kezalik: Gâsıbın magsub hanede yakdığı ateşden bu hane muhterik olsa gâsıba bil'icmâ mebniiyen kıymetini tazmin lâzımgelir. Çünkü bu da bir zaman-ı itlâf demektir. (Hindiyye.) Bu ateşi gerek bermûtad ve gerek hilâf-i mûtad yakmış olsun müsavidir. Zira gâsıbın bu binada ikameti bir

zulümdür, gayrı meşrûdur. Bu cihetle kendisine zaman-ı itlâf teveccüh eder.

Fakat bu hane, mahallede zuhur eden bir yangından yansa İmamı Âzam ile İmam Ebû Yûsûf'e göre gâsıba zaman lâzım gelmez. İmam Muhammed ile Eimme-i Selâseye göre ise lâzım gelir. Çünkü bunlarca gasb tahakkuk etmiştir.

34 — : Gasb edilen bir haneyi gâsıbdan başka bir şahs yaksa veya yıksa bunun zamanı İmamı Âzam ile İmam Ebû Yûsûf'e göre o şahsa lâzım gelir. İmam Muhammed'e göre ise sahibi muhayyerdır. Dilerse bunu gâsıba ve dilerse o şahsa tazmin etdirir. Gâsıba tazmin etdirirse o da o şahsa rücu eder, fakat o şahsa tazmin etdirirse o, mutlif olduğundan kimseye rücu edemez. (Bezzazıyye, Hindıyye, Cevhere.)

35 — : Gasb edilen bir akar, gâsıb tarafından başkasına satılıb teslim edilse mazmûn olur. Çünkü beyî ve teslim, istihlâk demektir.

36 — : Bir kimse gasb ettiği arsa üzerine binalar yapırsa veya ağaçlar dikse bunları arsaya muzir değil ise derhal söküb arsayı bunlardan hâlî olarak sahibine vermesine emr olunur. Velew ki bu binaların veya ağaçların kıymetleri arsanın kıymetinden ziyade olsun. Gâsıbın mühlet talebine hakkı yokdur. Gâsıb bunları söküb kaldırmakdan imtina ederse hâkim vasıtasıyla bunlar sökölüb gâsıba teslim edilir. Bu hususdaki masraf da gâsıbdan alınır. Maamafih arsanın sahibi bunları bizzat söküb atsa kendisine zaman lâzım gelmez. Şu kadar var ki ağaçları, tuğlaları, kiremitleri kırmaması lâzımdır.

Bir hadis-i şerif'de: (أيس لم روظا لم حق) Zâlim bir damar için hak yokdur.) buyurulmuştur. Yani: Onun bunun arazisinde igtisâb yoluyla ağaç eken, bina yapan mütecaviz şahs için bu yaptığı şeylerin o arazide kalması için sâbit bir hak olamaz. (Hindıyye, Behcetül'fetavâ.)

37 — : Gasb edilen arazi üzerinde yapılan binaların veya dikilen ağaçların sökölüb atılması, araziye fâhiş noksan âriz olacak surette muzir bulunursa arazi sahibi bunların müstahikkul'kali' olarak kıymetlerini vererek bunları cebren temellük edebilir.

38 — : Bazı fukahaya göre bu hususda kıymeti az olan, kıymeti çok olana tâbi olur. Şöyle ki: Gasb edilen mülk yerin kıymeti, üzerindeki yapılan binadan ziyade ise sahibi bu binanın kıymetini verib buna temellük edebilir. Bilâkis binanın kıymeti mülk yerin kıymetinden ziyade ise bina sahibi yerin kıymetini vererek onu temellüğe müstahik olur. Amma yer vakıf ise mutlaka binanın veya ağaçların kali' lâzım gelir. Bunda ittifak vardır. (Mecmaül'enhür.)

Bu bir kısım fukahanın mülk yerler hakkındaki bu kavli, adaletle mü-

nafi, gasb hâdiselerinin artmasına bâdi olacağı cihetle Şeyhül İslâm Merhum Ebüssuûd Efendi bunun iftânın caiz olmayacağına kail olmuştur.

39 — : Başkasına aid arsa üzerinde yapılan binaların veya dikilen ağaçların kıymetleri arsanın kıymetinden ziyade olub bunlar birer mülk ifade eder sebebi şer'i zu'miyle yapılmış veya dikilmiş ve bilâhare böyle bir sebebin nefsül'emrde mevcut olmadığı tahakkuk etmiş olursa bu binaların veya ağaçların sahibi o arsanın kıymetini vererek onu temellük edebilir, velev ki arsanın sahibi razı olmasın.

Meselâ: Bir kimse babasından mevrus arsa üzerine bu arsanın kıymetinden ziyade değeri olan bir bina bâdirip bâdehû bu arsaya bir müstahik çıksa o kimse, arsanın kıymetini verib bunu zabt edebilir. — Çünkü bunda sui'niyyet, sui'kasd bulunmamıştır. —

Bu bina ile arsanın kıymetleri müsavi olduğu takdirde ise tarafeyn bir şey üzerine ittifak ederlerse ne alâ, ve illâ arsa ile bina satılarak semeni aralarında taksim olunur. (Fusûl-i İmâdî, Tahtâvî).

40 — : Bir kimsenin gasb ettiği akarın kıymetine, o kimsenin oturması veya ekin ekmesi veya demircilik gibi bir san'at icra etmesi sebebiyle noksan âriz olsa, meselâ bir muayyen cüz'i telef olsa bu noksanı zâmin olur. Nitekim menkûlâtıdan olan magsublarda da bu hükm caridir.

Şu kadar var ki bu noksan, o akarın kıymetinin dörtde birinden az olmalıdır ki böyle münhasıran zaman lâzım gelsin. Kıymetinin dörtde birine muadil veya ondan daha ziyade olursa magsubünminh muhayyerdır. dilerse bu akarı istirdad eder, o noksanı da tazmin etdirir, ve dilerse akarı gâsıba terk ederek tam kıymetini gâsıbdan alır.

41 — : Bir kimse başkasının mülk arsasını gasb edib üzerine ekin ekse sahibi ekinleri kaldırtırarak arsasını istirdad edebilir. Ve bu ekin sebebiyle o arsaya noksan âriz olmuş ise bu noksanı da tazmin etdirebilir. Ekinler henüz yetişmemiş ise gâsıb, bunların ecr-i mislini vererek yetişinceye kadar arsada durmalarını isteyemez.

Şâyed ekilen tohumlar henüz bitmemiş ise arsa sahibi ya bunların bitmelerine kadar sabr edib ondan sonra bunları ref' etdirir, ve arsaya gelen noksanı da tazmin etdirir. Yahud tam yetişmelerine kadar sabr eder, ondan sonra arsayı geri alır, arsaya noksan âriz olmuş ise onu da ödetdirir. Ve yahud o arsanın böyle ekilmiş, bir kerre de ekilmemiş olarak kıymetini takvim etdirerek aradaki farkı, ekilen tohumun behası olarak sahibine verib ileride yetişecek ekinlere temellük eder. Müftabih olan da budur. (Behcetül'fetavâ.)

İmam Ebû Yûsûf'e göre arsa sahibi, gâsıba ekmiş olduğu tohumun mislini vererek bu ekilmiş tohumu malik olur. Bazı zevata göre muhtar olan da budur. Dürr-i Münteka.)

42 — : Gasb edilib üzerine ekin ekilmiş olan arsa, vakfa veya yetime aid olunca noksan-ı erz ile ecr-i mislden hangisi daha ziyade ve bunlara daha rafi' ise onunla hükm edilmesi lâzım gelir.

Nitekim vakfa veya yetime aid olan bir hane gasben istimâl edilince de ecr-i misliyle noksan-ı süknâdan hangisi daha ziyade ise onunla o tazmin etdirilir. (Mecmua-i Cedide.)

43 — : Bir kimse başkasiyle müştereken mutasarrif olduğu mülk arsayı şerik-i hazırının izni olmaksızın müstakillen ekib mahsûlünü alsa şeriki arsadan hissesini istirdad ettiğinde bu ziraatle arsaya noksan terettüb etmiş ise bu noksandan hissesini de tazmin etdirir. Yoksa hâsılâtın bir mikdarına ortak olamaz. (Behce).

Ekin henüz yetişmemiş ise şerikin talebi üzerine arsa taksim olunarak hissesinde kalan mikdarı kali' etdirir ve arsaya terettüb eden noksandan hissesini de tazmin etdirir. Amma bu ziraat ile bir noksan terettüb etmemiş ise zaman lâzım gelmez. (Netice, Tenkih-i Hâmidî.)

Ekin daha hiç bitmemiş ise şerik, o kimseye ekdiği tohumun yarısını verib o ekine ortak olmasını isteyebilir, bu caizdir. (Reddimuhtar,) Şirketler bahsine de müracaat!.

44 — : Gâsıb, magsub yere kendiliğinden bir ziyadelik vücuda getirmiş olunca bakılır. Bu ziyadelik ebniyye ve eşcar gibi mütekavvim şeyler ise bunların hükmü yukarıdaki meselelerde bildirilmiştir. Fakat araziye natas etmek, nehir kazmak, gübre vermek gibi gayrı mütekavvim şeyler ise arazi sahibi arazisini bir şey vermeksizin istirdad eder.

Meselâ: Bir kimsenin gasb ettiği tarlayı natas etdikden sonra hemüz ekin ekmeden sahibi geri alsa bu gâsıba o natasdan dolayı bir ücret vermeğe mecbur olmaz. Ve bu tarlaya sahibinin ekin ekmesine o gâsıb, muhalefet edemez.

45 — : Bir kimse başkasının arsası üzerine veya kapısı önüne süpürüntü veya başka bir şey koyarak işgal etse veya başkasının arsasına kendi hanesinin duvarı yıkılsa veya başkasının hanesine veya dükkânına kendi eşyasını bıraksa bunları kaldırarak arsayı, haneyi veya dükkânı tahliye etmeğe mecbur olur.

Kezalik: Başkasının kuyusuna necaset atmakla kuyu temizliğini gaib etse bundan dolayı kuyuya âriz olan noksanı zâmin olur. Suyunu çıkarak kuyuyu temizlemesine hükm edilemez. Şu kadar var ki kuyu âmmeye aid ise suyunu çıkarmaya mecbur olur. (Reddimuhtar.)

46 — : Sahibi tarafından kiraya verilmek üzere hazırlanmış olan araziye bir kimse sahibinin iznini istihsâl etmeksizin ekecek olsa gâsıb sayılmaz. Belki müstecir sayılır. Bu cihetle üzerine ecr-i misl lâzım gelir. (Hindiyeye, Tenkih.)

47 — : Müzarea suretiyle, yani sahibine hâsılâtından muayyen bir mikdar verilmek üzere başkaları tarafından ekilmek için tehiyye edilmiş araziyi, sahibinin izni olmaksızın bir kimse ekecek olsa bu, müzareaya haml olunur. Binaenaleyh o kimsenin bu arazi sahibine ekinlerin husûlünde, o muayyen mikdarı vermesi lâzım gelir. Şu kadar var ki bu cihet, o arazinin bulunduğu nahiye ahalisince malûm ve o kimsenin bunu gasben ekdiği gayrı malûm bulunmalıdır. Çünkü örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibi olacağından bu halde müzarea hükmü cereyan eder. (Tahtâvî.)

(Akarların gasbı hakkında Eimme-i Selâsenin şu gibi kavilleri vardır):

(1) : Şafiî'lere göre bir kimse başkasının izni olmaksızın hanesine girib sahibini iz'ac ederek haneden çıkarsa gâsıb olmuş olur. Velew ki istilâ kasdinde bulunmuş olmasın. Çünkü fi'ilen istilâ mevcuddur. Kasdine hacet yokdur.

Kezalik: Hane sahibini iz'ac ederek haneden çıkarsa ve hanesinde tasarrufdan men' etse yine gâsıb olur. Velew ki kendisi o haneye girmesin.

Kezalik: Bir kimse bir hanenin yalnız bir odasında tagallüben sâkin olub sahibini yalnız bu odadan menetse de hanenin diğer kısımlarından menetmese yalnız o odayı gasb etmiş olur. Çünkü yalnız bunu istilâ etmiştir.

Kezalik: Bir kimse içinde sahibi ve ailəsi bulunmayan bir haneye istilâ kasdiyle girse gâsıb olmuş olur. Binaenaleyh bu halde hane münhedim olsa tazmini icab eder.

Kezalik: Bir kimse başkasının hanesine girmekle beraber sahibi içinde bulunsa da onu çıkarmak için çalışmasa hanenin yarısını gâsıb sayılır. Meğer ki zaif olsun da hane sahibi üzerine müstevli sayılmasın. O halde gâsıb olmuş olmaz, velew ki istilâ kasdinde bulunmuş olsun. Çünkü bu istilâyı tahakkuk ettirmeğe muktedir olmadığından bu hususdaki kasdine itibar olunmaz. (Nihayetül'muhtac, Tuhfetül'muhtac.)

(2) : Hanbelî fukahası da diyorlar ki: Akarda gasb caridir. Magrûb akar, âfet-i semaviyye ile, meselâ suların seyelâniyle yıkılıb telef olsa gâsıbına zaman lâzım gelir. Çünkü itlâfından dolayı mazmun olan bir şeyin, gasb edilmesinden dolayı da mazmun olması icab eder.

Maahaza gasbın tahakkuku için aynın nakli şart değildir. Mücerred istilâ kâfidir. Bu cihetledir ki, bir kimsenin durmakda bulunan hayvanına gıyabında râkib olan şahs, gâsıb sayılır, velew ki hayvanı bulunduğu yerden alıb çıkarmasın.

Hanbelî mezhebine göre bir kimse başkasının arsasını gasb suretiyle veya gasb etmeksizin bilâ izin alıb üzerine ağaç dikse veya bina yapsa bunları sökmeğe mecbur olur, velew ki o kimse bu arsa sahibinin şeriki olsun. Bu halde arsayı tesviye etmesi ve kıymetine noksan gelmiş ise onu da ödemesi ve bunu haps ettiği müddet içinde ecr-i mislini vermesi lâzım gelir. Çünkü bu arsanın menfaati onun yed-i tecavüzünde zâil olmuştur.

Maahaza eğer binanın âlât ve edevâtı da magsubıminhe aid bulunmuş ise bu arsanın üzerinde bina olduğu haldeki ücreti lâzım gelir. Böyle olmazsa üzerinde bina yapılmamış olduğu haldeki ücreti icab eder. Bu halde gâsıb, bunu kiraya vermiş olsa kira bedeli gâsıb ile magsubünminh arasında hisseleri nisbetinde müşterek olur. Meselâ arsanın kirası bin, bina ile kirası ise iki bin kuruş olsa bunun bin kuruşu gâsıbın, bin kuruşu da magsubünminhin olur.

Bir kimse, başkasının arazisini gasb edib üzerine ekdiği ekinleri kaldırıncı bunlara malik olur. Çünkü bunlar kendi malının nemâsıdır. Bu halde o arazinin red ve teslim zamanına kadar olan ücretini ve kıymetine noksan gelmiş ise bu kıymeti de magsubünminhe zâmin olur. Zira o arazinin menafiini istifa etmiş bulunmaktadır. Menfaat ise — ileride izah edileceği vechile — maldır, ayniyyat gibi tazmin olunması icab eder.

Gâsıb, araziye ekmemekle beraber bu yüzden veya başka bir sebepten kıymetine noksan âriz olsa bu noksanı zâmin olur. Çünkü bu noksan, kendisinin yed-i udvânında hâsıl olmuştur.

Magsub arazideki ekinler, henüz yetişmemiş olunca magsubünminh, bunları söküb atması için gâsıba cebr edemez. Belki bu halde muhayyıcı olur, dilerse bu ekinleri hasad zamanına kadar bir ücretle terk eder ve bu yüzden araziye bir noksan gelmiş ise onu da tazmin ettirir ve dilerse gâsıbın tohumunun mislini ve sair masraflarını kendisine vererek o ekinlere temellük eder, artık gâsıbdan ücret alamaz. (Keşşafül'kına.)

(3) : Malikî mezhebine göre bir kimsenin gasb ettiği araziye ekin ekdiğinden sonra müstahikki, yani magsubünminh zuhur edince bakılır. Eğer arazisinin ekinleri henüz intifa edilecek bir hale gelmemiş ise arazi sahibi bunu hiç bir şey vermeksizin ahz edebilir. Ve eğer intifa edilecek bir hale gelmiş ve arazinin tekrar edilmesine müsaide bir zaman bulunmuş ise sahibi bu ekinlerin sökölüb kaldırılmasını ve arazinin tesviye edilmesini isteyebilir. Ve muhtar olan kavle göre bu ekinlerin maktûan kıymetlerini vererek bunlara temellük de edebilir. Amma arazinin tekrar ekilme zamanı geçmiş ise gâsıb üzerine bunun bir senelik kirası lâzım gelir.

İmam Malik'e göre bir kimse satın aldığı arazi üzerine binalar yaptıktan veya kuyular kazıdıktan veya içine buğday, arpa konulacak mahzenler yaptıktan sonra bir müstahik zuhur etse bu müstahik bu ebniyye ve sairenin kıymetini o kimseye verib o araziye bunlar ile beraber zabt edebilir. (Elmüdevvenetül'kübrâ, Şerh-i Kebir).

(4) : Akarda gasbın cereyanına kail olan zevat diyorlar ki: Bir hadis-i şerif'te (من غضب شيراً من ارض طوف الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين) buyurmuştur. Yani her kim başkasına aid bir yerden bir karış mikdarı gasb ederse Allah Taâlâ onun boynuna kıyamet gününde yedi kat yerden bir lîle, bir bukağı geçirir. Görülüyor ki, Resûlî Ekrem Sallallâhü Taâlâ Aleyhi vesellem Hazretleri akar hakkında da gasb tâbirini itlâk buyurmuştur. Örf lisa-

nında da böyle, «Fülânın hanesi gasb olundu.» denilir. Ve akar hakkın-
da gasb dâvası dinlenir. Hattâ zil'yed, kendi elinin bir emanet eli olduğu-
na beyyine ikame etse bununla o gasb dâvası mündefi' olmaz. Artık akar-
da gasbın tahakkuk ettiği sâbit olunca onun-üzerine gasb hükmü de te-
rettüb eder.

Maahaza İmam Muhammed ile refiklerine göre bir kimse bir akara
istilâ edince bu istilâ, muhik eli izâle makamına kaim olur. Ve o kimsenin
bu akare el koyması da mübtıl elini isbâtıdan başka bir şey değildir. Bir
mahalde iki mütehalif elin ictimâi muhal olduğundan bizzarûre malikinin
yed-i muhikkasının zevâli lâzım gelir.

İmam Şafii de diyor ki: Akar, yeden istilâ ile taht-ı mülke girer, bi-
naenaleyh yeden gasb ile de mazmun olur. Maamafih gasbın tahakkuku
için mücerred yed-i udvânın, yed-i mübtîlenin isbâti kâfidir. Akare tagal-
lûben el koyan, onda kendisinin yed-i mübtîlesini isbât etmiş olur. Bunda
yed- muhikkamın izâlesi şart değildir. Binaenaleyh bundan dolayı telef ve
noksan vukuunda zaman icab eder.

Akarda gasbın cereyanına kâil olmayan zevat da buna cevaben diyor-
lar ki: Hadis-i şerif'de akarın gâsıbına ceza olmak üzere uhrevî vaid beyan
buyurulmuştur, dünyada tazmini lâzım geleceği beyan buyurulmamıştır.
Bu bir delildir ki, akar gâsıbının tam cezası, bu vaid-i uhreviden ibaret-
dir. Eğer zaman icab etse idi, bu tazmini beyan etmek evleviyyetde bulu-
nurdu. Çünkü bunu beyana daha ziyade hacet messetmiş olurdu.

Akara tagallûben el koymaya gasb denilmesi, akarda gasbın tahak-
kukuna delâlet etmez. Çünkü lisan-ı şer'ide hakikat carî olduğu gibi me-
caz da carîdir. Nitekim «Bir kimse hür insanı satırsa şöyle olur» denilir.
Halbuki hür satılmaya mahal olmadığından bu satmak sözü mecazî bir mâ-
nada kullanılmış olur.

Maamafih bu gasb, istilâhî bir gasb değil, lûgavî bir gasb demektir.
Akarda sirkat carî olmadığı gibi gasb de carî olmaz. Gasbdan dolayı zama-
nın lüzûmu, bir şeyden malikinin yed-i muhikkasını izâle mukabilidir ki,
bu suretle telâfi-i mafat edilmiş olur. Akarda ise nakl ve tahvil kabil ol-
madığı cihetle onda muhik eli izâle mümkün değildir. Binaenaleyh akar-
larda itlâf ve istihlâk bulunmadıkca zaman lâzım gelmez.)

GASB EDİLEN MALIN ZEVAİDİ MAZMUNMUDUR?

48 — : Magsubun gâsıb elinde hâsıl olan zevâidi, gerek yavru gibi
münfasıl, mütevellid zevâid olsun ve gerek semizlik gibi müttasıl, müte-
vellid zevâid olsun magsubünmînhe aiddir. Bunlar gâsıbın elinde emanet
bulunmuş olur. Çünkü bunlar magsubünmînhin malının nemâsıdır. Gâsı-
bın elinde bir yed-i muhikke izâle edilmeksizin mücerred icab-ı ilâhî ile
husûle gelmiştir. Bunlarda bir gasb mevcud değildir.

Binaenaleyh bunlar kendi kendilerine telef olurlarsa mazmun olmazlar.

Meselâ : Magsub hayvanın gâsıb elinde hâsıl olan südü, yünü veya yavrusu ve magsub bir bahçenin yed-i gâsıbdaki iken husûle gelen meyvası, magsubünminhin malı olmakla gâsıb bunları istihlâk etse zâmin olur. Fakat bunlar kendi kendilerine telef olsalar ödenmeleri lâzım gelmez.

Kezalik: Bir kimse birinin kovanını içindeki arısıyle beraber gasb etse sahibi arısıyle beraber kovanım istirdad edince gâsıbın elinde iken hâsıl olan balını da alır. Gâsıb bu malı istihlâk etse zâmin olur.

Bir de magsubünmih, bu zevâidi istediği halde gâsıb vermeyib de bâ-dehû elinde telef olsa kıymetlerini bil-icmâ zâmin olur. Çünkü bu halde gâsıbın emanet eli, hiyanet eline tebeddül etmiş olur. (Mebûs-ı Serâşî).

49 — : Gâsıb, magsubdaki zevâidi münfasılayı istihlâk etse veya başkasına satıp teslim eylese bu ziyadeyi — yukarıdaki meselede bildirildiği üzere — biliittifak zâmin olur. Fakat zevâid muttasılayı istihlâk etse veya magsub ile beraber ahare satıp teslim eylese bu zevâidi İmamı Âzama göre zâmin olmaz, imâmeyne göre zâmin olur.

Meselâ: Gâsıb, elindeki magsub hayvan semizlenib kıymeti arttıktan sonra bu hayvanı itlâf etse İmamı Âzama göre yine vakt-i gasbdaki kıymetini tazmin lâzım gelir. İmâmeyne göre itlâf vaktindeki kıymetini ödemek icab eder. (Kuhüstâni).

50 — : Gâsıb, magsubu ziyade-i muttasılayı ile beraber birine satıp teslim etdikde bakılır. Bu mal, müşterinin elinde mevcut ise magsubünminh bunu o ziyadesiyle beraber alır. Müşterinin elinde telef olmuş ise magsubünminh, muhayyerdir: Dilerse gasb vaktindeki kıymetini gâsıba tazmin ettirir, dilerse kabz ettiği vaktinde kıymetini müşteriden alır. Bu, İmamı Âzama göredir. İmâmeyne göre bu kabz vaktindeki kıymeti gâsıba da tazmin ettirebilir.

İmamı Âzama göre bu ziyadelik bir vasf kabilindendir. Bunun semen-den bir mukabili yoktur, satış muamelesi bu ziyade üzerine vârid olmamıştır. Binaenaleyh bu ziyade mazmun olmaz. İmâmeyne göre ise bu ziyade de magsubünminhe aiddir. Gâsıb bu malı satmakla magsubünminhin hakkına taaddide bulunmuş, bu ziyadeyi istirdad edebilmesine mani olmuştur. Binaenaleyh ziyade-i münfasılayı zâmin olacağı gibi bu ziyade-i muttasılayı da zâmin olur. (Ebüssûd-ı El'Mısrî).

51 — : Müşterek hayvanları, meselâ koyunları şeriklerden biri ta-gallüben ve müstakillen alıb yavruları türediğinden veya südlerini içtik-den sonra şerikler bu hayvanlardan ve yavrularından hisselerini alınca südlerinden hisselerini tazmin ettirebilirler.

52 — : Magsub hayvan. gâsıbın elinde büyüyüb kıymeti artsa da

magsubünminh bunu böylece alır, bunun nafakası ve muhafaza ücreti gibi masraflarını gâsıba vermesi lâzım gelmez. Nitekim bir kimse gasb ettiği bahçenin ağaçlarını aşılarsa veya sularsa bunun mukabilinde magsubünminhden bir şey isteyemez. (Hindîyye.)

(104) inci meseleye bak!

53 — : Magsubünminhin elinde iken hâsıl olan zevâid, gasbdan sonra mazmûndur. Binaenaleyh bunlar gâsıbın taaddisi ve taksiri olmaksızın bile telef olunca gâsıb kıymetlerini zâmin olur.

Meselâ: Bir kimse, üzümleri kemâle gelmiş olan bir bağı bu üzümleriyle beraber gasb etse bu üzümler hakkında da gasb hükmü cereyan eder. (Fetavâ-i Hayriyye.)

54 — : Gâsıb, magsubu saklasa da kıymetini malikine tazmin etse bu magsuba ve bunun kesbine ve güzellik, semizlik gibi ziyade-i muttasılasına vakt-i gasbdan itibaren malik olmuş olur. Fakat — bu tazmin zamanından evvel bulunan — ziyade-i münfasılasına, meselâ yavrusuna, meyvasına malik olmaz. Çünkü ziyade-i münfasıla, infisâlden sonra müstakîl bir varlık sahibidir. Aslına tâbi bulunmaz. (Dürrümuhtar, Reddimuhtar.)

(Şafii'lere göre magsubun zevâid-i münfasılası da, muttasılası da herhalde mazmûndur. Bunlar gâsıbın taaddisi olmasa bile elinde telef olunca tazminleri lâzım gelir. Çünkü gâsıb, böyle başkasına aid olan bir mal üzerine yed-i mübtilesini vaz'etmiştir. Gasb ise bununla tahakkuk eder. Yed-i muhikkayı izâleye, tavakkuf etmez. Binaenaleyh magsub veya magsubun zevâidi istimâl edilmeksizin eksilse, mesela magsub memlûkûn gözü bir âfetle kör olsa — veya magsub bahçenin meyvaları çürüse — Gâsıb üzerine hem zaman-ı erş, hem de ücret lâzım gelir. Yani noksandan dolayı zaman, menfaatin bir müddet fevtinden dolayı da ecr-i misl icab eder.

İmam Şafii'ye göre gâsıb, magsubu tagyib edib de kıymetini sahibine vermekle magsuba malik olmuş olmaz. Çünkü gasb, udvan-i mahzır, temellûke sebeb olamaz (Nihayetül'muhtac.)

Buna cevaben deniliyor ki: Magsubünminh, magsubun bedeline kemaliyle, yani yeden ve rekabeten malik olunca artık magsub, mülkünden çıkmış olur. Tâ ki bir şahsın mülkünde bedel ile mübdelünminh ictimâ etmesin. O halde magsuba verdiği bedel mukabilinde gâsıbın malik olması lâzım gelir. Aksi takdirde magsub, maliksiz kalmış, gâsıb da fazla mutazarrır olmuş olur (Şerh-i Vikâye, Keşşafül'hakâik.)

Hanbel' fukahasına göre de magsubun ziyade-i münfasılası ve muttasılası, bütün magsubünminhe aiddir. Hattâ, gasb ettiği silâh ile veya at ile av avlasa veya ganimet malı elde etse bunlar magsubünminhe verilir, artık gâsıb üzerine bunları istimâl ettiğinden dolayı ücret lâzım

gelmez. Çünkü bu takdirde magsubun menafii, magsubünminhe avdet etmiş olur.

Kezalik : Magsub olan memlûkün kazancı da malikine aiddir.

Bu zévata nazaran gâsıbın elinde magsubun meyva gibi, yavru gibi husûle gelen zevaidi telef olsa gâsıb bunları zâmin olur. Fakat yavrusu bir taaddi neticesi olmaksızın ölü olarak doğacak olsa bundan dolayı gâsıba zaman lâzım gelmez (Keşşafül'kına.)

MAGSUBUN MENAFİİ MAZMUN MUDUR :

55 — : Magsubun gallesi, yani menfii gâsıba aiddir. Bunlar itlâf edilse de mazmun değildir.

Meselâ : Gâsıb, gasb ettiği bir haneyi bir müddet muattal bıraksa, veya bu hanede bir müddet ikamet etse üzerine zaman lâzım gelmez. Bu haneyi kiraya verse ücretine kendisi malik olur, bundan dolayı hane sahibine bir şey zâmin olmaz. Bundan yalnız vakıf şer'ler ile yetimlerin malları ve muaddünlilistiğlâl olan mahaller müstesnadır. (32) nci meseleye bakınız !.

Bu mesele Eimme-i Hanefiyyeye göredir. Zamanımızın fikr-i hukukisini işgal eden bu mesele hakkında eimme-i kiramın nokta nokta-i nazarları şu vechiledir :

(Malikî fukahasına göre magsubun menafii, meselâ kirası magsubünminhe aiddir. Magsub telef olsa sahibi hem magsubun bedelini alır, hem de gallesini istirdad eder. Gâsıb tarafından kiraya verilen ve bilâhare telef olan magsub hayranın kiymetiyle kira bedeli gibi.

Bir kimse gebs ettiği haneyi veya araziye veya hayvanı haps edib istimâl etmese menfaati namına bir şey zâmin olmaz. Fakat bunlardan birini istimâl etse gallesi magsubünminhe aid olur. Ercah olan kavî budur.

Malikî fukahasından bazılarına göre ise gâsıbın istimâliyle veya tahrikiyle magsub hayvandan veya memlûkden husûle gelen galle, gâsıba aiddir. Hayvanın kirası gibi.

Magsubun gallesi, — racih olan kavle göre — magsubünminhe aid ise de bu gallenin husûlü için gâsıb tarafından sarf edilen şeyleri de gâsıb bu galleden istifa etmeğe müstahikdir. Çünkü bu galle kendi mesaisinden neş'et etmiştir. Her ne kadar zâlim ise de kendisine zulm edilemez, masrafı kendisine verilir, meğer ki masrafı galleden ziyade olsun, bu ziyadeyi istemeye hakkı olamaz.

Bir kimse malın aynini değil, menfaatini gasb etse, yani bir şeyi kahren elde etmekle ondan yalnız bir müddet intifa edib bâdehû kendisini sahibine iade etmek kasdiyle gasb etse, meselâ bir hayvanı mücerred menfaati için bir müddet gasb ederek râkib olsa ve yahud bir haneyi bir müddet gasb edib içinde otursa veya emsâlini böyle bir maksadla gasb edib isti-

mâl etse de bunlar emr-i semâvî ile telef o kimse üzerinde bunların o müddet içindeki menfaatlerinin kıymetini tazmin lâzım gelir. Ayınlarının kıymetini tazmin lâzım gelir. Çünkü gâsıb, yalnız bu menfaate taaddi etmiştir. Bunların zatlarına taaddi etmiş değildir. (Muhtasar-ı Ebizziya Şerhleri.)

(Hanbelî fukahasına göre de fagsub, âdete nazaran kiraya verilecek şeyler kabilinden ise gâsıb üzerine gasb müddetince ecr-imisl lâzım gelir. Gâsıb bunun menafiini gerek istifa etsin ve gerek etmesin. (الحراج بالاضمان) hadîs-i şerifi sahih beyi'ler hakkındadır, gasba şâmil değildir.

Magsub, icaresi sahih olmayan veya icaresi hususunda âdet carî bulunmayan şeyler kabilinden ise bunun için gâsıb üzerine ücret lâzım gelmez. Koyun, kuş, ağaç gibi. Çünkü bunların menafii mütekavvim değildir. velev ki bunlar nâdiren icar edilsinler. Vâkıa bazan koyunlar tarlaların gübrelenmesi için veya ağaçlar, üzerlerine elbise serilmesi için kiraya verilebilir, fakat bu nadirdir, buna itibar yoktur.

Gasb ve haps edilen köle veya kerhen haps ve istimâl edilen hür kişi, müteaddid san'at sahibi bulunsa hangi san'atı daha yüksek, yani daha faideli ise onun ücretini tazmin lâzım gelir, hepsinin ücretini ödemek icab etmez. Çünkü bir anda müteaddid san'atlarla intifa kabil değildir. (Keşşafül'kına.)

(Şafîî fukahasına gelince bunlara göre de magsubun zevâidi mazmun olduğu gibi menafii de herhalde mazmundur. Velew ki itlâf bulunmasın. Meselâ bir kimse bir şahsın hanesini bir müddet gasb etse bu müddete aid ecr-i mislini vermesi lâzım gelir, velev ki muaddün liistiğlâl olmasın, velev ki bu haneyi istimâl etmeyib muattal bırakmış olsun. Bu hususda memlûklerin, hayvanların kabil-i isticar olan menfaatleri hakkında da hüküm böyledir. Hattâ bir kimse, hür bir insanı cebren istihdam etse ecr-i mislini zâmin olur. Fakat bu hür insanı istimâl etmeyib tevkif etse bu suretle fevât olan menfaatini tazmin lâzım gelmez. Çünkü hür insan, haddizâtında kimşenin eli altına girmeyeceğinden onda istimâl bulunmadıkça gasb hükmü cereyan etmez, esah olan budur. Mescidlerin, medreselerin, ribatların menfaatleri de hürrün menfaati gibidir.

Meselâ : Bir kimse tagallüben bir medreseye metainı koyup kapısını kilitlese tamamının ücretini zâmin olur. Fakat kapısını kilitlemese, yalnız metainı koyduğu yerin ücretini tazmin eder. (Tuhfetülmuhtac, Nihayetülmuhtac.)

(Bu hususda Şafîî fukahası diyorlar ki : Menafil de zevâid demektir, ayinde şey'en feşey'en tahaddüs eder, bunlardan dolayı da zaman lâzımgelir. Zamanı mucib olan gasb, maksup üzerine isbât-ı yed ile tahakkuk eder, yed ise ayin üzerine sâbit olacağı gibi menfaat üzerine de sâbit olur.

Maamafih menfaat, bir mütekavvim maldır. Binaenaleyh gasb ile, it-

lâf ile zamanı lâzım gelir. Çünkü mal, kendisiyle maslahatlarımızı ikâme etmek için yaradılmış, yanımızda bulunmuş şeyin ismidir. Menfaatler de bu sıfatı haizdir. Bir şeyin maliyeti ancak temevvül ile bilinir. Nâs ticaret yoluyla menfaatlerin temevvülünü itiyad etmişlerdir. Nâsın ticaret hususunda en ileri gelenleri, alış veriş edenleridir ki bunların sermayeleri en ziyade menfaattir. Menfaat, mehr olmaya da salihdir, bir şeyin mehr tesmiye edilmesinin şartı ise o şeyin mal olmasıdır. Demek ki menfaat mal olmasa idi mehr tesmiye edilemezdi.

Bir de ayanın kıymetleri menfaat ile takvim edilebilir. Eğer menfaat, mal olmasaydı böyle takvime elverişli olamazdı. Kendi nefsinde mütekavvim olmayan bir şeyin başkasını takvim edebilmesi müstehildir.

Menfaatler akd ile memlûk oluyor, ve sahih, fâsid akdle ile mazmun oluyor.

Meselâ : Bir kimse akd-i icare ile bir akarın menfaatine temellük ediyor, böyle temellük edilen bir şey ise herhalde mütekavvimdir. Binaenaleyh gasb ile de, itlâf ile de mazmundur.

Müteahhirin-i fukaha, Şafiiyenin bu nokta-i nazarını kabule temayül göstermişlerdir. (Aynî, İnâye, Ebüssuûd:)

(Zâhiriyyeye göre de magsubun ve haksız yere alınan herhangi bir şeyin bütün semereleri, dulları, südları, yünleri, ücretleri sahibine aiddir. Bunlara gâsıb malik olamaz. Gasb, arazide ve sair akarlarda da caridir. Gâsıb, bu arazide bir şey eksin ekmesin hem bu araziye, hem de ekilen şeyleri ve mislinin ziraatine aid bedeli mikdarını zâmin olur. Çünkü gâsıb, bu arazinin sahibiyle bunun menfaati arasına hâil olmuşdur. Arazinin menfaati ise ziraatden ibaretdir. Hattâ bir kimse bir tohumu, bir çekirdeği, bir fidanı gasb edib de ekse, dikse bunlardan bitib husûle gelecek şeyler, bütün bunların sahiblerine aid olur. Bunlarda gâsıbın hakkı olamaz. Çünkü bir hadis-i şerifde (وليس لمرق ظالم حق) buyurulmuşdur. (Elmuhallâ.)

Menafiin mazmunıyyetine kail olmayan Hanefiyye tarafından ise deniliyor ki : Gasb, bir maldan malikin elini izâle ile tahakkuk eder. Bu ise menafi ve zevâid de kabildir. Çünkü zevâid, gâsıbın elinde hâsıl olmuşdur. Menafide iki vakit bâki olamaz, artık menafi, magsubünminhin elinde vücuda gelib ondan gâsıba intikâl etmiştir, diye tasavvur olunamaz ki gâsıbın eli, magsubünminhin elini izâle etmiş sayılsın. Binaenaleyh menafi gasb ile mazmun olmaz.

Magsubun yed-i gâsıbdâ hâsıl olan menafii, itlâf ile de mazmun değildir. Çünkü menafi ya akd ile veya şübhe-i akd ile mazmun olur. Bahis mevzuu olan menafide ise bunlar yokdur.

Cebren istihdam edilen hür için ecr-i lâzım gelmez. Çünkü nefsinin ki rayâ vermemiş olan bir hürrün hizmeti bir mal-ı mütekavvim değildir. Bir akde mukarin olmadığı için mazmun olamaz. Belki bu istihdamdan dolayı gâsıb, âsim olur ve bu hareketinden dolayı taziren te'dibi lâzım gelir. Şu

kadar var ki yetimlerin nefsleri de malları gibidir. Babası ve anası bulunmayan bir yetimi akribası bir müddet hâkimin izni olmaksızın bilâ icare muhtelif işlerde kullansalar bülûğundan sonra bunlardan ecr-i mislini isteyebilir, meğer ki kendisine vermiş oldukları elbise ve nafaka ecr-i misline müsavi bulunmuş olsun. (Dürrimuhtar.)

Bir şey için malikiyyet sıfatı ancak temevvül ile sâbit olur. Temevvül ise bir şeyi siyanet ve hacet vakti için iddihar etmekden ibaretdir. Menafi ise ârâzdır, iki vakt bâki kalamaz, adem hayyizinden vücud hayyizine çıkar çıkmaz mütelâşi olur, artık onda temevvül tasavvur olunamaz. Bunun içindir ki menfaatler, garimler ile vârisler hakkında takvim edilmez, hattâ maraz-i mevt ile mariz olan kimse bir malını bir şahsa iâre etmiş, o şahs da bundan müntefi' olmuş olsa bu menfaatin sülûs-i terekeden çıkıp çıkmadığına itibar olunmaz.

Menfaat, madûm iken mütekavvim olamaz. Çünkü madûm bir şey değildir. Takavvüm ile vücuda sebk edemez. Menfaat vücuda geldikten sonra da mütekavvim olamaz. Zira bir menfaatin iki vakt devamı müstehildir. Artık menfaatin bâdelvücud ihrazı tahakkuk edemez. Takavvüm ise ihrazdan mukdem olamaz. O halde bir menfaat nasıl mütekavvim bir mal olabilir?

İtlâfa gelince bu da menfaatde hakikaten mutasavver değildir. Çünkü menfaat henüz madûm iken itlâf fi'ili bu madûma hulûl edemez. Menfaat vücuda gelince de iki vakt bâki kalmaz ki itlâfın hulûlüne mahal olsun.

Bir menfaat için akd ile ihraz ve takavvüm hükmünün sâbit olması ise kıyasa muhalif olarak şer'an muteber sayılmışdır. Bu ise kendisinden intifa olunan ayının mücerred zarûret ve hacet ilcasıyla menfaat makamına ikame edilmesi itibariyledir. Bu gibi bir hacet ise gasb gibi udvân hallerinde tahakkuk etmez. Artık hakikat muteber olarak kalır, ve bu hakikat bakımından menfaatde takavvüm ve itlâf mün'adim bulunur.

Mehr ve emsâlinde menfaat için ihraz ve takavvüm hükmünün zuhuru ise lihacetin akd ile zâhir olur.

Mal ise kendisiyle maslahatlarımızı görmek için yaradılmış şeyin isimidir. Fakat bu, temevvül ve ihraz vasfı itibariyledir, temevvül ve ihraz ise — yazdığımız vechile — menfaatlerde mutasavver değildir.

Maamafih menfaatin mal-i mütekavvim olduğunu teslim etsek dahi bu, maliyyet hususunda âyanına dünündedir. Udvânın zamanı ise nassen misl ile mukadderdir. Artık menfaat, kendisinin fevkında bulunan ayin ile tazmin edilemez.

Evet.. Şüphe yok ki menfaat, bir ârâzdır, ayin ile kâimdir. Ayin ise bir cevherdir, bizatihî kâimdir. Bu menfaat iki vakt devam edemez, bir ayin ise nice vakitler bâki kalır. Artık aralarındaki fark kimseye gizli değildir. İşte bu cihettendir ki bir ayin, menfaatle asla tazmin edilemez. Hattâ indel itlâf menfaat bile menfaat ile tazmin edilemez. O halde ne bir ayin

bir menfaat ile, ve ne de bir menfaat — udvân halinde — bir ayin ile öde-nemez.

Meselâ : Aynı nisbet ve suretde yapılmış olan iki hane odasından bi-rinin menfaati, itlâf zamanında diğerrinin menfaatine misl ve bedel olamaz. Halbu ki iki menfaat arasındaki mümâselet, bir ayin ile bir menfaat ara-sındaki mümâseletden daha zâhirdir.

Denilebilir ki : Zulmü defi', nâsın mallarının menfaatlerini itlâfdan zecr için bu tefavüte itibardan sâkit olur. Menfaati itlâf edilen taraf, maz-lumdur, bu tefavüte itibar olunursa hakkı zayı olur. Zâlimin canibine mi-raâtdan ise mazlumnun canibine miraât evlâdır.

Cevaben deniliyor ki : Zâlim için zecr, tazir, hapis gibi cezalar icab et-mekdedir. Onun taaddisinden dolayı zamanın vücubunda ise şer'an mümâ-selet lâzımdır, bundan ziyadesi caiz olamaz.

(الظالم لا يظلم) buyurulmuştur. Zulm ve mukabele biz'zulm yokdur. Zâli-min malının hürmeti de mahfuzdur, zulmünden dolayı hakkında adalet muktezası vechile muamele olunur. Eğer itlâf ettiği şeyden ziyadesi ken-disine ilzâm edilse bu, şer'i şerife izâfe edilecek bir zulm olur. Çünkü mül-zim olan, mucib olan ancak şer-i şerifdir, bu ise caiz değildir.

Bir de magsub, gâsıbın elinde bulunduğu müddetce onun zamanında bulunmuş olur, magsub bu müddet içinde kendi kendine telef olsa gâsıb tarafından tazmini icab edecektir. Halbu ki sahibinin elinde bulunsa idi böyle telefinden dolayı sahibi hiç bir şey elde edemiyecekti. İşte gâsıb, bu zaman mukabilinde bu menafie malik bulunmuştur. Bir şeyin nef'i, o şeyin zamanı mukabelesindedir, nimet külfete göredir. (الخراج بالزمان) — Bir şeyin gallesi, kârı onun zamanı karşılığıdır.» hadis-i şerifi de bunu natık-dır. Bu hadis-i şerif, yalnız beyi muamelesine münhasır değildir. Artık za-man ile ücret ictima edemez, edecek olsa gâsıb iki cihetden mutazarrır ol-muş olur.

İşte buna meydan vermemek için gâsıb, magsubun menafiine malik olur, bu menafi, gâsıbın tazminini temine yardım eder. Şöyle ki : Magsub helâk olursa gâsıb bunu tazmin edecektir. Bu melhuz olan garamete mag-subun menafii bir karşılık demektir. Gâsıb, magsubu tazmin hususunda onun menfaatlerinden istifade etmiş olur. Ondandır bir şey kalırsa onu da diyaneten tasaddük etmesi lâzım gelir. Çünkü gâsıb, her ne kadar mag-subun menafiine malik olursa da bu, haram olan bir sebeble olduğundan kendisine tiyb olmaz, uhdesinden çıkmak için bunu ya magsubünminhe vermesi veya fukaraya tasadduk etmesi bir vazifedir. (25-26) nci meselelere bakınız!.

Velhâsıl : Gasbda menfaatin mislini icab, müteazzir olduğundan bunun tazmini vâcib olmaz. Bu bir zarûret neticesidir. Biz bu hususda tam bir misl ile hükm etmeğe kâdir olamayız. (Mebûs-ı Serahsî, Bedâiyi.)

Maahaza bu adem-i zamandan dolayı mazlumnun hakkı da he'der olmuş

olmayacaktır, belki ahirete teahhur edecektir. Zâlim, bu âkibeti düşünmeğe mecburdur, bu düşünce zâlimi uyandırır, istihlâlde bulunmaya ve mağdurunu memnun etmeye sevk eder. Böyle dinî bir sâik tesiriyle bir çok hakların telâfi edile geldiği daima görülmektedir. Elverir ki cemiyet hayatında bu ihrevî mucizat akidesi takviye edilsin.

Şunu da tekrar edelim ki : Bir şeye malikiyyet başkadır, o şeyin malikine şer'an tıyb olması yine başkadır. Gâsıb, magsubun gallesine malik olursa da bunun kendisine herhalde tıyb olması lâzım gelmez. Her müte-deyyin kimsenin bunu nazara alması bir vecibedir.

GASİBÜL GASIBIN HÜKMÜ :

56 — : Bir malı gâsıbdan gasb eden şahs da günah ve zaman bakımından gâsıb hükmündedir. Şu kadar var ki kıyemiyatdan olan bir magsubun tazmini lâzım gelince gâsıb bunun kendi gasb ettiği zaman ve mekândaki kıymetini tazmin eder, gâsıbül gâsıb ise kendisinin magsubu gasb ve ahz ettiği vaktdeki kıymetini zâmin olur. Yoksa magsubünminh, gâsıbül'gâsıba magsubun ilk gasb edildiği zaman ve mekândaki kıymetini — daha ziyade olduğu takdirde — tazmin etdiremez.

Meselâ . Magsubun kıymeti ilk gasb edildiği zaman ve mekânda bin kuruş, ikinci gasb zaman ve mekânında bin beş yüz kuruş olsa magsubünminh. muhayyerdır. Bunu ilk gâsıba tazmin ettirirse bin kuruş, ikinci gâsıba tazmin ettirirse bin beş yüz kuruş alır. İlk gâsıba bin kuruş tazmin ettirdiği takdirde o da magsuba bu zaman sebebiyle malik olacağından onu ikinci gâsıba bin beş yüz kuruşa tazmin ettirir.

57 — : Magsubünminh, telef olan veya itlâf edilen magsubun bir kısmını gâsıba, bir kısmını da gâsıbül'gâsıba tazmin etdirebilir. Bunda muhayyerdır. Bu halde her kısmın tazmini için her birinde gasb edildiği zaman mekân nazara alınır. Gâsıbül'gâsıbın gâsıbı hakkında da bu hükmler caridir.

58 — : Magsubu magsubünminhe vermek üzere gâsıbın elinden ta-gallüben ahz eden kimse, gâsıbül'gâsıb hükmündedir. (Bezzaziyye.)

59 — : Magsubun kıymetine gâsıbdan başka bir şahs tarafından noksan getirilmiş olsa bu da gâsıbül'gâsıb sayılır. Binaenaleyh mal sahibi muhayyerdır. Bu noksanı dilerse gâsıba ve dilerse o şahsa tazmin ettirir. Gâsıba tazmin ettirirse o da şahsa rücu eder. Fakat o şahsa tazmin ettirirse o, gâsıba rücu edemez.

60 — : Magsubünminh, magsubu gâsıb ile gâsıbül'gâsıbdan birine tazmin ettirmeyi ihtiyar edince artık bundan vaz geçerek diğerine tazmin etdirebilir mi? İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göre bu ihtiyardan sonra tazmin ettirmek hakkı sâkit olur. Fakat İmam Ebû Yusuf'a göre böy-

le bir ihtiyar ve muvafakat, magsubünminhi diğetine tazmin ettirmek hakkından mahrum bırakmaz. Bu kavî, mercuh görülmektedir. Maamafih magsubünminh, magsubun bedelini bunlardan birinden asla veya hâkime müracaat ederek bunlardan biri aleyhine hüküm istihsâl etse artık diğetine müracaata hakkı — bilittifak — kalmaz. (Ankaravî.)

61 — : Yukarıdaki muhayyerlik hükmünden şu üç mesele müstesnadır :

(1) : Magsub, mal vakf olunca bunun tazmininde enfeiyet nazara alınır, vakf iki gâsıbdan hangisine tazmin ettirmek vakf için daha nafi' ise ona müracaat olunur.

(2) : Bir kimse başkasına aid bir malı, meselâ bir gümüş bardağı kırsa, bâdehû bunu diğeri bir şahs da kırsa evvelkisi zamandan berî olub ikinci şahsa zaman lâzım gelmez.

(3) : Bir kimsenin buğday harmanına bir şahs su döküb kıymetinin noksanına sebebiyet verdiği gibi bilâhare bir şahs da o harmana su döküb kıymetindeki noksanın artmasına sebebiyet verse evvelki şahs zamandan kurtulur, ikinci şahs, gâsibül'gâsıb mesâbesinde olub kendisinin su döküğü gündeki kıymetini zâmin olur (Reddimuhtar.) Çünkü bu buğdayı evvelki şahsın vermiş olduğu vaziyete irca kabil olmaz ki bununla ona da müracaat edilebilsin.

62 — : Gâsibül'gâsıbın elinde mevcut olan magsubu, sahibi bundan dâva edebilir, ilk gâsıbın huzuru şart değildir. Maamafih magsub, gâsibül'gâsıbın elinde mevcut iken sahibi bunun bedelini gâsıbdan da dâva edebilir.

63 — : Gâsıb, magsubun aynini ve telef olmuş ise kendisinden gasb edildiği zamandaki bedelini gâsibül'gâsıbdan dâvâ edebilir. Şu kadar var ki hâkim, gasb keyfiyyetine muttali ise magsubun bedelini gâsıba vermek üzere gâsibül'gâsıba cebr etmez. Belki bu bedeli bir yed-i adle vazı' ile magsubünminh için muhafaza etdirir. Magsubünminh gelince ya bu bedeli kabul eder, veya bunu kabul etmeyib birinci gâsıba gasbı zamanındaki kıymetini tazmin etdirir. Artık gâsibül'gâsıba müracaat edemez. (Bezzaziyye, Hindiyeye.)

64 — : Gâsibül'gâsıb, magsubu magsubünminhe red ettikde hem kendisi hem de ilk gâsıb zamandan beri olur. Artık magsubünminh, ne ilk gâsıbdan, ne de ikinci gâsıbdan bir şey dâva edemez. Çünkü bir hak, iki kişiden ayrı ayrı dâva ve istifa olunamaz.

Meselâ : Bir kimsenin bir malını bir şahs gasb, ondan da diğeri bir şahs gasb edib de o kimse bu malı bir takrib ile bu ikinci şahsdan almış, mese-lâ ondan çalmış bulunsa hakkını istifa etmiş olur. Bilâhare bu ikinci şahs o malı tekrar cebren alacak olsa artık o kimse ilk gâsıb olan şahs ile mu-

hasamada bulunamaz. Velew ki bu ikinci şahs ile muhasamadan âciz kalsın. (Bezzaziyye.)

65 — : İkinci gâsıb, magsub malı ilk gâsıba aynen red edince yalnız kendisi zamandan beri olur. Artık magsubünminh kendisinden bir şey dâva edemez. Bunda ittifak vardır. Şu kadar var ki bu red, beyyine ile veya magsubünminhin tâsdiğiyle veya hükimin kazasıyla sâbit olmak lâzımdır. Mücerred ilk gâsıbın ikrarı, kendisiyle gâsıbül'gâsıb hakkında muteber ise de magsubünminh hakkında muteber değildir.

66 — : İkinci gâsıb, magsubun telefine mebni birinci gâsıba maksubun bedelini verse magsubünminhe karşı zamandan kurtulur. Bu, İmamı Âzam ile İmam Muhammed'e göredir, bu vechile fetvâ verilmiştir. Çünkü bir şeyin bedeli, o şeyin makamına kaimdir. Fakat İmam Ebû Yusuf'dan bir rivayete göre ikinci gâsıb, telef olan magsubun kıymetini gâsıba red etmesiyle magsubünminhe karşı mes'uliyetden kurtulamaz. Meğer ki bunu red etmesi hâkimin hükmüyle olmuş olsun. (Haniyye, Mirat-ı Mecelle, Behce.)

67 — : İkinci gâsıb, misliyyatdan olan magsubu istihlâk ettikten sonra mukabilinde gâsıba rızasıyla nakid para vermiş olsa bununla birinci gâsıba karşı mes'uliyetden, zamandan kurtulamaz. Çünkü bu, bir satış muamelesidir. Halbu ki birinci gâsıb için böyle bir magsubun ya aynını veya mislini almakdan başka bir yol yoktur. (Ankaravî.)

68 — : İkinci gâsıb, magsubu başkasına satıp semenini alınca birinci gâsıb bu satış muamelesine icazet vererek bu semeni almaya müstahik olmaz. Çünkü kendisi magsubun maliki değildir, malikinin vekili de değildir ki icazeti muteber olsun.

GASB EDİLEN ŞEYLERİN RED VE İSTİRDADI :

69 — : Magsub mal, aynen, yani fâhiş suretde mütegayyir olmaksızın mevcut ise sahibine gasb edildiği mekânda derhal red ve teslim edilmesi lâzımdır. Malların kıymetleri mekânlar itibariyle ihtilâf ettiği cihetle magsubu gasb edildiği mekânda teslim icab eder. Meğer ki başka bir yerde teslim edilmesine sahibi razı olsun. (Mücteba, Reddül'muhtar.)

70 — : Gâsıb, magsubu gasb mekânında âkil ve hazır bulunan sahibine veya nâibine red ve teslim edince veya kendisi magsubünminhe münhasıran vâris olunca zamandan beri olur. Magsubünminh, bu vechile red ve teslim edilen magsubu kabule mecburdur.

71 — : Magsub malın sahibine reddi hakiki suretde olabileceği gibi hükmî suretde de olabilir. Şöyle ki : Bir kimse gasb ettiği malı, sahibinin

eline teslim etse zamandan beri olur, velev ki sahibi bu malın kendisinden gasb edilmiş bir mal olduğuna muttali olmasın. Çünkü bu, bir red-i hakiki'dir. Bunda magsubünminhin ittilâi şart değildir. Hattâ bir kimse kendisinden gasb edilen mese'lâ bir libası, kendisinin olduğunu bilmeksizin gâsıbdan alıp giyinecek olsa gâsıb zamandan kurtulur.

Kezalik : Bir kimse gasb ettiği malı sahibinin ahz edebileceği surette ve gasb mahallinde önüne vazı' etse zamandan kurtulur. Velew ki hakikaten kabz bulunmasın. Bu da bir reddi hükmidir. Şu kadar var ki bunda magsubünminhin ittilâi şartdır. Yani böyle önüne vazı' edilen malın kendisinden gasb edilen mal olduğunu bilmesi lâzımdır. (Reddimuhtar.)

72 — : Gâsıb, gasb mahallinde magsubünminhin yanına gidib «Al malını.» diye magsubu teslim etmek istediği halde magsubünminh kabul etmese o mal gâsıbın elinde emanete münkaliib olur. Binaenaleyh geri götürürse elinde taaddisi olmaksızın telef olsa zamin olmaz.

Fakat bu malı magsubünminhin yanına koyduktan sonra adem-i kabulüne mebni tekrar alarak hanesine götürse tekrar gâsıb olacağından telef-i takdirinde bedelini zâmin olur. Esah olan budur. (Reddimuhtar.)

73 — : Magsub mal, altın ve gümüş para gibi red ve meünete, ham-maliyye masrafına muhtac bulunmadığı takdirde bunu magsubünminh, başka belde de gâsıbdan isteyib alabileceği gibi gâsıb da başka belde magsubünminhe reddedebilir. Magsubünminh «Ben bunu burada kabul etmem.» veya «Ben bunların kıymetlerini isterim.» diyemez. Velewki bu iki beldeye nazaran kıymetleri mütefâvit bulunsun. (Bezzaziyye.)

74 — : Kıyemiyyatdan olan magsub malın kıymeti, gasb edildiği belde ile diğer bir belde de müsavi olsa veya diğer belde de ziyade bulunsa magsubünminh muhayyerdir. Dilerse bu malın gasb edildiği belde teslimini ister, ve dilerse gâsıb ile telâki ettiği o diğer belde de bu malı aynen istirdad eder. Yoksa gasb edildiği belde de kıymetini isteyemez.

75 — : Magsub malın kıymeti, bulunduğu belde de gasb edildiği belde de kıymetinden noksan olsa sahibi muhayyerdir. Dilerse o malı bulunduğu belde de aynen alır, kıymetinin noksanını tazmin etdiremez. Ve dilerse gasb mahallinde teslim edilmesini ister. Bu takdirde red ve nakl masrafı gâsıba lâzım gelir. Ve dilerse o malı gâsıba terk ederek misliyyatdan ise gasb mahallinde ve husûmet gününde olan kıymetini ve kıyemiyyatdan ise gasb mahallinde ve zamanında olan kıymetini o mülâki oldukları belde gâsıbdan alabilir. Çünkü hakkını kemâliyle istirdaddan âciz kalmakla bu ciheti iltizama müstahik olur. Zira kıymetin noksanına gâsıb sebebiyyet vermiştir. (Hidâye, Kuhüstânî, Abdülhalim.)

76 — : Magsub, misliyyatdan olup telef olmuş ve gâsıb ile magsu-

bünminh başka bir belde de karşılaşmış olunca bakılır, eğer bu magsubun her iki belde de kıymeti müsavi veya bu başka belde de kıymeti ziyade ise misli reddolunur. Amma bu başka belde de kıymeti noksan ise magsubünminh muhayyerdir, dilerse bunun fil'hâl mislini alır, ve dilerse gasb edildiği belde de kıymetini ahz eder. Ve dilerse o beldeye dönünceye kadar intizarda bulunur, orada mislini alır.

Bu magsubun kıymeti o başka belde de daha ziyade olursa muhayyerlik gâsıba aid bulunur. Dilerse orada bunun mislinin verir, dilerse gasb ettiği belde de kıymetini öder. Meğer ki magsubünminh tehire razı olsun.

Bu magsubün kıymeti her iki belde de müsavi olunca magsubünminh bunun mislini derhal taleb edebilir. (Muhit-i Serahsî, Hindiyye.)

77 — : Gâsıb, teléf olan veya itlâf edilen magsubun kıyemiyyatdan ise kıymetini ve misliyyatdan ise mislini sahibinin önüne vazı' etse hakikaten kabz bulunmadıkça zamandan beri olmaz. Çünkü magsubun bedelini vermek bir mübadele demektir, mübadele ise ya iki tarafın rizasıyla veya şüf'ada olduğu gibi, hâkimin hükmüyle olur. Bu halde gâsıb, keyfiyyeti hâkime arz ile bu bedelin kabul edilmesine emr etmesini ve bu suretle zamandan kurtulmasını taleb edebilir. (Reddimuhtar.)

Hakikaten kabz, magsubünminhin bedeli rizasıyla eline almasından veya gâsıbın bu bedeli magsubünminhin eline veya kucağına vazı' etmesinden ibaretdir. (Bezzaziyye.)

78 — : Gâsıb, magsubu sahibinin meselâ cebine gizlice bıraksa veya magsubu sahibine hibe etse veya satsa veya vedia olarak verse veya mekûlât kabilinden olan magsubu sahibine it'am eysele zamandan kurtulur. Çünkü magsubun reddedilmesine sahibinin muttali olması herhalde şart değildir.

(Şafiî fukahasına göre de gâsıb, mekûlât veya meşrubât kabilinden olan magsubu magsubünminhe it'am etse de o da bilmeyerek bunu yese veya içse gâsıb zamandan beri olur. Bilerek yiyib içdiği takdirde ise bittarikil'evlâ zamandan kurtulur. Fakat magsubun heyetini taşıyarak, meselâ eti yemek yaparak yedirse zamandan asla beri olmaz. (Nihayetül'muh-tac.)

79 — : Uyanık bir kimseden gasb edilen bir mal ona yine uyanık iken reddelir ise sahih olur. Uyumakda olan kimseden gasb edilen bir mal da o kimseye uyanık iken — Yakasa halinde reddedilse sahih olacağı gibi yine uyku halinde reddedilince de sahih olur. Amma o uykudan uyandıktan sonra tekrar uyusa da bâdehû magsub kendisine reddedilse İmam Ebû Yusuf'a göre bu red, sahih ve telefî takdirinde gâsıb zamandan beri olmaz.

Fakat İmam Muhammed'e göre bu hususda uykunun ittihadı değil, uyku meclisinin ittihadı şarttır. Binaenaleyh magsub, aynı meclisde mag-

subünminh olan nâime red edilse sahih olur, velev ki uyandıktan sonra tekrar uyumuş olsun. (Haniyye, Bezzaziyye, Hindiyye.)

80 — : Gâsıb, magsub bir malı korkunç bir mahalde veya zamanda teslim etmek istese sahibi kabul etmeyebilir. Bu halde gâsıb zamandan beri olmaz.

Meselâ : Bir kimse gasb ettiği paraları hırsızların bulunduğu bir hanede ve yahud yol kesicilerin bulunduğu bir kırdan teslim etmek istese sahibinin bunu kabul etmemeye hakkı olur. Nitekim sair vacibül'edâ hususlarda da hükm böyledir.

81 — : Magsubünminh, magsubu gâsıb için tehlike teşkil edecek bir mekânda istirdada kıyam edemez.

Meselâ : Bir kimse kendisinden gasb edilen bir sefineyi denizin ortasında veya bir beygiri tehlikeli bir kırdan gâsıbın elinden alamaz. Belki geminin sahile yanaşmasına ve o kırdan geri dönülmesine intizar eder. Bu müddet için onları gâsıba kirasiyle bırakır. (Muhitü Bürhânî, Hindiyye.)

(Hanbelli fukahası diyor ki : Magsubun istirdadı takdirinde muhterem, yani masumü'd'em bir insanın veya bir hayvanın telefinden veya beden mûtezarrır olmasından korkuluyorsa istirdadı cihetine gidilmez, belki kıymeti tazmin edilir. Bir yaranın veya kırık bir uzvun bağlanması, dikilmesi hususunda kullanılmış magsub bez, iplik ve saire gibi. Magsub bir müceverheri bir behime tarafından yutulmuş olması da bu hükmdedir.)

82 — : Gâsıb, magsub malı henüz baliğ olmayan sahibine red ettikde bakılır. Eğer sahibi mümeyyiz bir halde ise, ticarete mezun olsun olmasın bu red, muteberdir. Amma gayrı mümeyyiz ise muteber değildir. Meğer ki ondan gasb ettiği şeyi daha mekânından tahvil etmeden kendisine red etsin, bu reddi, istihsânen muteberdir.

Magsubmünminh, gayrı mümeyyiz olunca magsubu velisine red etmek lâzımgelir. Kendisine red etmek zamana mâni olamaz.

Meselâ: Bir kimse mehcür bir çocukdan gasb ettiği paraları istiklâk ettikten sonra bunların bedellerini bu mehcura red ve teslim edecek olsa zamandan beri olmaz. (Muhit, Tatarhaniyye.)

83 — : Mehcür olan mümeyyiz çocuğa kendisinden gasb edilen malın aynen reddi sahih ise de istihsâkden sonra bedelinin defi' ve teslimi sahih değildir. Çünkü bu bedeli vermek mübadele suretiyle temlik mânasını tazammün eder. Bu halde o bedeli velisine veya vasisine reddetmek lâzım gelir. Amma bedelin mezun olan mümeyyiz çocuğa defi' ve teslimi sahihdir (Haniyye, Cami-ü Ahkâmissigar.)

84 — : Gâsıb, magsub malı bir şahsa satıp teslim etmiş olsa bakılır. Eğer aynen mevcut ise magsubünminh muhayyerdir, dilerse satış muame-

lesini bozarak bunu aynen istirdad eder. Dilerse bunun bedelini gâsıba tazmin etdirir, ve dilerse — icazet şartları mevcut ise — satış muamelesini müciz olub magsubun semenini alır. Bu semenin telef olmuş bulunması bu icazete mâni değildir. Magsubünminh, bu semenin telef olmasından sonra muciz olursa satış muamelesi yine caiz ve bu semen magsubünminhin mülkü olarak telef olmuş olur.

Şâyed magsub, müşterinin elinde telef olmuş ise magsubünminh yine muhayyerdır, isterse bunun gasb günündeki kıymetini gâsıba tazmin etdirir, bu takdirde satış muamelesi caiz ve bunun semenine gâsıb malik olur. Ve isterse kabz ettiği gündeki kıymetini müşteriye tazmin etdirir, bu takdirde satış muamelesi bâtil olub müşteriğâsıba verdiği parayı ondan istirdad eder, yoksa magsubünminhe zâmin olduğu meblâğı ziyade olunca gâsıbdan talep edemez.

Magsub mal, henüz müşteriye teslim edilmemiş ise müşteriye zaman teveccüh etmez. (Bezzaziyye, Hindiyeye.)

Yukarıda zikr edilen icazet şartları, bâyi ile müşterinin ve makudünaleyhin kıyamıdır, bu icazetin husûmetden evvel olması da İmamı Âzama göre şartdır. Dirhem veya dinar kabilinden olan semenin kıyamı zâhîrür-rivâyeye göre şart değildir. (Muhît-i Bürhânî).

85 — : Gâsıb, magsub malı başkasına icar etdikde bakılır, magsub, müstecirin elinde aynen mevcut ise magsubünminh muhayyerdır, dilerse icareyi fesh ile mecuru istirdad eder. Dilerse muciz olub kira bedelini alır. Elverir ki icazet şartları mevcut bulunsun.

Magsub, müstecirin elinde telef olmuş ise magsubünminh yine muhayyerdır, dilerse gâsıba gasb günündeki kıymetini tazmin etdirir, bu takdirde gâsıb, müstecire rücu edemez. Meğer ki bu telef hususunda müstecirin taaddisi veya taksiri bulunmuş olsun. Ve dilerse müstecire kabz ettiği gündeki kıymetini tazmin etdirir. Bu halde bakılır, müstecir, mucirin gâsıb olduğunu bilmemiş ise zâmin olduğu şey ile ona rücu eder, çünkü tağrir edilmiş bulunur. Fakat onun gâsıb olduğunu evvelce bilmiş ise rücu edemez. — İstikbâldeki melhuz zarara razı olmuş olur. —

86 — : Magsubun magsubunminhe reddi için yapılacak masraflar, gâsıb üzerine lâzım gelir. (Hidâye).

87 — : Magsubünminh gaib olmakla gâsıb, magsub malı getirib hâkime teslim etmek veya magsub için nafaka takdir ettirmek isterse hâkim, bu malı tesellüm etmez, ve buna nafaka takdir eylemez. Meğer ki gâsıb korkulur, eline geçen şeyi itlâf eder bir şahs olsun. O halde hâkim bu malı ondan alıb satabilir. Çünkü bu, magsubünminhin hakkını minvêchın siyanet demektir. (Hindiyeye.)

(Hanbelî fukahası diyorlar ki: Magsubu gasb mahalline red ve iade

etmek gâsıb üzerine lâzımdır, velev ki kıymetinin bir kaç mislini sarf etmek lâzım gelsin. Bir hadis-i şerifde (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه إلا عطاءً وجراداً)

(عصاخيه فليردما) buyurulmuştur. Yani sizden biriniz, kardeşinin bir malını ne şaka yoliyle ne de ciddi olarak asla alıvermesin. Her kim kardeşinin — velev, — bir âsâsım — rızası olmaksızın — alacak olsa onu hemen geri versin.

Mizan-ı Kübra'da da deniliyor ki: Gâsıb, magsubu ketm ile belâkini biliddia malikine kıymetini ödedikten sonra magsub meydana çıksa malı ki aldığı kıymeti red ile onu istirdad edebilir. Bunda eimmenin ittifakı vardır.)

GASB EDİLEN ŞEYLERİN MİSİLLERİYLE VEYA KİYMETLERİYLE TAZMİNİ :

88 — : Telef olan veya itlâf edilen magsub, misliyyatdan ise misli ile ve kıyemiyyatdan ise gasb zaman ve mekânındaki kıymetiyle tazmin edilir. Kıyemiyyatda telef vaktindeki kıymete bakılmaz. Velew bu kıymet, gasb zamanındaki kıymetden noksan olsun. Bunda ittifak vardır.

Fakat itlâf edilen bir magsubun kıymeti itlâf zamanında artmış bulunsa İmamı Âzama göre yine gasb zamanındaki kıymeti lâzım gelir. Çünkü magsub gâsıbın zamanına gasb gününden itibaren dahil olmuştur, itlâf gününden itibaren değil. İmameyne göre ise itlâf vaktindeki kıymetini tazmin icab eder.

Meselâ; Magsub koyun gasb zamanında kıymeti bin kuruş iken semizledikten ve bu vechile kıymeti bin iki yüz kuruş olduktan sonra telef olsa bilittifak bin kuruş ile mazmun olur. Fakat böyle kıymeti artı bin iki yüz kuruş olduktan sonra kesilse İmamı Âzama göre yine bin kuruş ile mazmundur, imâmeyne göre ise bin iki yüz kuruş ile tazmini icab eder. (Hidâye, Reddül'muhtar.)

89 — : Misliyyatdan olan magsubun misli mün'kati olsa, yani çarşı pazarda satılmaz bir hâle gelse, velev hanelerde bulunsun İmamı Âzama göre husûmet günündeki kıymeti ile tazmin edilir. Çünkü bu hâdisede kıymete intikâl mücerred inkita ile sâbit olmaz, belki bu kıymet, dâva zamanında vâcib olur. Bu misl, hâkimin hükmiyle kıymete intikâl eder, bunun içindir ki magsubünminh dilerse hâkime müracaat etmeyib magsubun mislinin bulunacağı zamana kadar intizar edebilir. Binaenaleyh dâva ve kaza günündeki kıymete itibar olunur.

İmam Ebû Yüsûf'e göre gasb günündeki kıymetiyle tazmini lâzım gelir. Zira sebebin tahakkuk ettiği gün gasb günüdür, misliyyatdan bir magsub münkati olunca misliyyatdan olmayan şeylere iltihak eder, bu gibi şeylerde ise gasb gününe itibar olunur.

İmam Muhammed'e göre ise münkati olduğu gündeki kıymetiyle mazmun olur. Çünkü gasb ile zimmetde sâbit olan, esasen misldir. Bu ancak inkita sebebiyle kıymete intikâl eder, bu zamandan itibaren misliyyatdan olmayan şeylere iltihak etmiş olur. Binaenaleyh inkita günündeki kıymetine itibar olunur. Fetvâ İmam Muhammed'in kavli üzeredir. (Dürer., Şerh-i Vikâye, Dürrimuhtar.)

90 — : Telef veya itlâf edilen şeylerin kıymetlerini takdir hususunda âdil bir şahsın iğbarı kâfi görülmektedir. Takdir edilecek kıymetlerde her beldenin râic ve galib olan nakidleri muteberdir. Şöyle ki: Magsub, bulunduğu beldenin çarşı ve pazarında altın para ile satılmakda ise altın ile, gümüş para ile satılmakda ise gümüş para ile takvim edilir, ikisiyle de satılmakda ise sahibine hangisi daha nafi' ise onunla hükm olunur. Nefide müsavî iseler hâkim muhayyerdir, dilediğile hükm edebilir. (Haniyye, Bezzaziyye, Bâcûri.)

91 — : Bir müslüman, bir zimminin hamrini veya hınzırını gasb edip istihlâk etse kıymetini zâmin olur.

92 — : Bir zimmi, diğer bir zimminin hamrini veya hınzırını gasb ve istihlâk etse hamrin mislini, hınzırın da kıymetini zâmin olur. Çünkü hamr, misliyyatdandır. Kıymetini tazmin, mislini edadan acz haline mahsustur. Bu acz ise müslümanlara göredir, çünkü bir müslüman buna bir ıvaz mukabilinde temellük edemez, zimmi ise edebilir. Bunun içindir ki bunların arasında hamrin mübayaası caizdir. (Mebisûti Serahsi.)

93 — : Gasb edilib ziraatle veya ikametle kendisine noksan âriz olan akarın noksanını tazmin hususunda ihtilâf vardır. Nâsir İbni Yahya'ya göre bu akarın bir kerre bu istimâlden evvel kaç kırıya verildiği, bir kerre de bu istimâlden sonra kaç kırıya verileceği nazara alınır, ararakı fark, noksanın kıymetinden ibaret olur. Elyak olan da budur. Bununla fetvâ verilir. (Hindiyye.)

(Magsubun tazmini hususunda Eimme-i Selâsenin akvâli de şu vecihledir :)

Malikî mezhebine nazaran kıymetiyyatdan olan magsubun telefi takdirinde gasb günündeki kıymetiyle tazmin edilmesi lâzım gelir. Gâsıb itlâf ettiği takdirde de hükm böyledir. Fakat magsubu gâsıbdan başkası itlâf dilerse sahibi muhayyerdir, dilerse gâsıba gasb günündeki kıymetini, ve dilerse mutlife itlâf günündeki kıymetini tazmin etdirir. Gâsıba tazmin etdirince o da mutlife itlâf günündeki kıymet ile müracaat eder. Çünkü zaman ile buna malik olmuşdur.

Magsubun sahibi, bunun kıymetini mutlife tazmin ettirdiği halde bu kıymet, gasb günündeki kıymetinden noksan olsa aradaki farkı gâsıbdan

alabilir. (Muhtasar-ı Ebizziya ve şerhleri.)

(Şafii fukahasına göre de kıyemiyatdan olan magsubun vakt-i gasb ile telefi arasındaki müddet içinde en yüksek kıymeti ne ise onunla tazmini lâzım gelir. Gasb bulunmaksızın mücerred itlâfdan dolayı tazmini lâzımgelen kıyemiyatda ise itlâf günündeki kıymete itibar olunur. Çünkü ondan evvel zaman altına girmiş değildir. İtlâfdan sonra da malûm olacağından artık başka kıymeti mutasavver değildir.

Yine Şafii fukahasına nazaran misliyyatdan olan bir magsubun mislini elde etmek müteazzir olunca gasb vakti ile mislinin taazzürü vakti arasındaki müddet içinde en yüksek kıymeti ne ise onunla tazmini lâzım gelir. (Nihayetül'muhtac).

(Hanbelli fukahasına göre de kıyemiyatdan olan magsubun telef vaktinde ve gasb mahallindeki kıymeti ile tazmini lâzımgelir. Magsubun misliyyatdan olup telefi veya gâsıb tarafından veya onun elinde iken başkası tarafından itlâfı takdirinde ise bakılır, eğer telef veya itlâf vaktinde vâfı tebeddül etmemiş ise mislini gâsıb veya mutlif zâmin olur. Ve eğer vâfı tebeddül etmiş, meselâ yaş hurma iken telef vaktinde kuru hurma bulunmuş ise magsubünminh muhayyerdır, hangisinin mislini dilerse onunla tazmin eddirebilir. Yani dilerse magsubun mukabili olarak yaş hurma alır, ve dilerse kuru hurma alır. Çünkü her ikisinde de mülkü sâbit olmuştur. Binaenaleyh dilerse gasb haline ve dilerse telef haline itibar eder. (Neylül'meârib, Keşşâfül'kına.)

(Kıyasa kâil olmayan bazı fukahaya göre de magsub kıyemiyatdan olsun olmasın telefi takdirinde kıymetiyle tazmin olunur. Çünkü magsubünminhin hakkı ayn ile maliyyetdedir, telef sebebiyle kendisine aynın iadesi müteazzir olduğundan malın iysâli icab eder. Gâsıb üzerine zamanın vucubu safatı maliyyet itibariyledir. Bir şeyin maliyyeti ise kıymetinden ibaretdir.)

Buna cevaben deniliyor ki: Bu gibi taaddilerde vâcib olan misldir. Nitekim bir âyet-i kerîmede (وجزاء سيئة بمثلها) diğeri bir âyet-i celîlede de

(فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) buyurulmuştur. Bazı mallar ise birbirinin mütesavi emsâlidir. Böyle bir malın mislini vermek adalet muktezasıdır. Meğer ki misli münkati olmuş olsun.

Böyle hâdiselerde hem cinse, hem de maliyyete müraat etmek mafatı cibr, adaleti temin bakımından etemdir. Kıymet ile tanzim de ise yalnız maliyyete müraat vardır ki adeliyyete muhalifdir, sahibi için bir nevi zarardır. (Mebhut-ı Serahsi).

(Zâhiriyyeye göre de salibi kıran, veya bir müslime veya bir zimmiye aîd olan hamri döken kimseye zaman lâzım gelmez. Çünkü bunlar haramdır, bunları satmak da haramdır. Allah Taâlâ hamri haram kıldığı günden beri kimseye mal kılmamıştır. Kezâlik: Altın ve gümüş kapları kıran kimse üzerine zaman lâzım gelmez. Çünkü bunları Resûli Ekrem Efendimiz

nehiy buyurmuşdur. Fakat at takımlarında, kılıçlarda, taclarda buluna-
gümüş ziynetleri veya kadınlara mahsus hulliyyatı, veya bir kimsenin zev-
cesi için veya satmak için tedarik ettiği altın ziynet eşyasını kırmak za-
manı mucibdir. Bunları kıran, bunları eski sahih haline iade etmekle mü-
kellefdir. Maamafih sahibi razı olursa bunların sahihen kıymetiyle böyle
meksûren kıymeti arasındaki farkı tazmin etmesi de caizdir. (Elmuhallâ).

(İmam Şafiîye göre bir müslüman tarafından zimmiye aid hamrin ve-
ya hınzirin gasb ile itlâf edilmesi zamanı icab etmez. Çünkü bunlar aynen
haramdır. Bunlar bir müslümanın olunca itlâf ile mazmun olmayacağı gi-
bi bir zimminin olunca da mazmun olmaz. Çünkü zimmiilerin hakları müs-
lümanların haklarının fevkinde değildir. Vâkıa biz akd-i zimmet ile onla-
rın hamrlarına, hınzirlerine taarruz etmemeyi deruhde etmiş bulunuyoruz.
Bunların mutlifine kıymetlerinin zamanını icab ise bunun ötesinde bir şey-
dir. Şöyle ki: Onlar hamrin ve hınzirin birer mütekavvim mal olduğuna
mutekitdirler, biz de onların bu itikatlarına taarruzu terk etmeyi kabul
etmiş bulunuyoruz. Fakat bunların bu itikadı, bunları itlâf eden bir müs-
lim hakkında zamanı icab hususunda bir hüccet olamaz, ancak kendi hak-
larında müteber olur. İmam Ahmed İbni Hanbelin kavli de bu vechiledir.)

Buna karşı Hanefiyye tarafından deniliyor ki: Hazreti Ömer Radiyal-
lâhü Taâlâan» gayrı müslimlere aid olan hamrleri satmalarına müsaade
etmiş, bunların semenlerinden öşür alınmasını memurlarına emr eylemiş
idi. Bu vechile hamrin zimmiiler hakkında bir mütekavvim mal olduğu ka-
bul buyurulmuşdur.

Kezalik: Hazreti Ömer, kendi âmillerine yazdığı bir mektubda: «Ehl-i
zimmete aid hınzirleri öldürünüz, kıymetlerini sahiblerinin cizyelerine
mahsub ediniz.» demişdi. Bu da zimmiiler hakkında bunların birer müte-
kavvim mal olub itlâfı halinde tazmin edileceğini sarahaten göstermekde-
dir. Bunun sebebi de şöyledir ki: Hamr, bizden evvelki kavimlere aid şeri-
atlarda mütekavvim bir mal idi, bidayeten bizim şeriatımızda da böyle idi,
sonra şeriatı garramız bunun takavvümünü bir hitab-ı hassile yalnız müs-
lümanlar hakkında izâle buyurmuşdur, bu hitabın altına dahil olmayan-
lar hakkında ise kemâkân mütekavvim kalmışdır.

Maamafih biz, zimmiileri akd-i zimmetden dolayı kendi itikadları üze-
re bırakmakla memur bulunmakdayız. Artık onların haklarında bu hamr
hükmü nâzil olmamış gibidir. Artık onların haklarında sabık hükm, oldu-
ğu gibi kalmış bulunuyor.

Zimmiiler lehine olarak zamamın vücubuna kâil olduğumuz, onların
itikadlarından dolayı değildir, belki onların haklarında hamr ile hınzire
aid maliyyetin, tekavvümün bekasından dolayıdır.

Bir de biz akd-i zimmet ile bunlara taarruzu terk etmiş, bu sebeble
de bunların mallarının hıfz ve himayesini iltizam eylemiş bulunuyoruz.
Bu hafz ve himaye ise itlâfdan dolayı zamanın vücubiyle tamam olur. Bu

cihet akd-i zimmet ile deruhde ettiğimiz hususatın zaruriyyatındandır. (Mebûs-ı Serâhsî).

MAGSUBUN TAĞYİR VE TAGAYYÜRÜNE MÜTEALLİK HÜKMLER :

94— : Gâsıb, magsubun zatını tağyir etse, yani magsub malı ismi de-
ğişecek suretde bozsa buna malik olub sahibinin malikiyyeti zâil ve bunun
bedelini sahibine ödemesi lâzım olur. Çünkü bir şeyde ismin tebeddülü,
aynın tebeddülü hükmündedir. Binaenaleyh bu halde magsubünminh o
malı aynen istirdada kıyam edemez.

Meselâ: Bir kimse gasb ettiği buğdayı un haline getirse veya tarlası-
na ekse veya demiri kılıç, yünü ip haline koysa bunların kıymetini zâ-
min olur.

95 — : Magsubünminhin fi'liyle magsubda husûle gelen tagayyür is-
tirdada mâni değildir.

Meselâ: Magsubünminh kendisinden gasb edilen bir buğdayı veya ip-
liği bilmeksizin gâsıbın talebine mebnî onun namına un yapıldıktan veya
bez dokuduktan sonra bu buğdayın veya ipliğin kendisine aid olduğunu
anlasa bunu tutarak gâsıba vermekden imtina edebilir. (Haniyye.)

96 — : Gâsıb, magsubu ismi tamamen değişmeyecek suretde tağyir
etse sahibinin hakkı münkati olmaz.

Meselâ: Bir kimse başkasının koyununu alıb boğazlasa ve hattâ deri-
sini soyub etlerini parçalasa bile adı tamamen değişmeyeceği cihetle mag-
subünminh muhayyer olur, dilerse bunu böyle alır, noksanını tazmin etdi-
rir, dilerse tamamını gâsıba bırakarak koyunun tam kıymetini tazmin et-
dirir.

Eti yiyilecek bir hayvanın ön veya arka ayaklarını kesmek de onu bo-
ğazlama hükmündedir. (Hindiyeye, Mecmaül'enhür.)

Kesilen odun hakkında da hükm böyledir.

97 — : Bir kimse eti yiyilmez hayvanlardan birini gasb ederek bo-
ğazlasa veya ayaklarından birini kesse bakılır, eğer böyle bir muameleden
sonra hayvanın bir gûna menfaati kalmamış ise sahibi bunun yalnız kıy-
metini tazmin etdirir. Kesilmeksizin öldürülen himar gibi ki bunun deri-
siyle dibağat edilmedikçe intifa caiz olmaz. Bu, minvechin müstehlek sa-
yılır. Amma bir menfaat ve kıymeti kalmış ise sahibi muhayyerdır, diler-
se hem bunu alır, hem de kıymetinin noksanını tazmin etdirir, kesilmek
suretiyle öldürülen himar gibi ki bunun derisi medbuğ mesâbesinde oldu-
ğundan onunla veya satılıp bedeliyle intifa olunabilir. (Kifâye, Hindiyeye.)

98 — : Bir kimse gasb ettiği altın veya gümüşü, para veya tabak ve-

ya bardak haline getirirse İmamı Âzama göre sahibinin hakkı münkati olmaz. Binaenaleyh bunları meccanen alır. Çünkü magsubun aynı her vec-hile bâkidir. Fakat imameyne göre sahibinin hakkı münkati olmuş olur, bunu artık istirdad edemez, kıymetini tazmin etdirir. (Hindiyye).

Fakat gâsıb, o altın veya gümüşden uzun veya müdevver veya dört köşeli çubuklar, düz lâvhalar imâl etmiş bulunsa sahibinin hakkı bilittifak münkati olmaz.

99 — : Magsub, emvâli ribeviyyeden, yani kendi cinsiyle mütefâzilen satılması caiz olmayan mekillât, mevzunat kabilinden olup da gâsıbın elinde kendi sun'ıyla veya sun'u olmaksızın kıymetine noksan âriz olsa magsubünminh bunu istirdad edecek olunca noksan-ı kıymetini tazmin edemez. Çünkü bu ribâya müeddi olur. Belki muhayyerdir, dilerse onu öylece aynen alır, artık noksanından dolayı başka bir şey alamaz. Bu noksan gerek noksanı yesir ve gerek noksan-ı fâhiş olsun. Ve dilerse bunu gâsıba bırakıp mislini tazmin etdirir.

Meselâ: Gasb edilen altın gâsıbın elinde kırılrsa veya gasb edilen buğday gâsıbın elinde teaffün etse de kıymeti eksilse magsubünminh ya bu nu böyle olduğu gibi alır, başka bir şey alamaz. Veya bunu bırakıp sahih olarak mislini tazmin etdirir. (Hindiyye, Tahtâvî).

(İmam Şafî'ye göre bunu aynen almakla beraber kıymetindeki noksanı da alabilir. Çünkü müşarünileyhe göre ribevî mallarda alelinfirad cevdetin de bir kıymeti vardır. Hanefiyyeye göre ise cevdet, arazdır, bi-zatiha kaim değildir, bunun münferiden kıymeti yoktur. (Mebûs-ı Serâh-sî).)

100 — : Gasb edilen dirhem veya dinar, sahih iken gâsıbın elinde kırılrsa veya bunu gâsıb kırsa bakılır, eğer böyle sahih ile münkesir arasında kıymetce bir fark bulunmuyorsa gâsıb üzerine yalnız iadesi lâzım gelir, başka bir şey lâzım gelmez. Kıymetleri mütefâvît olursa (99) ncı mesele hükmüne tâbi olur.

101 — : Magsub, gümüş veya altın bir kab veya bardak veya bir tablo olup da gâsıbın elinde parçalansa, velev gâsıbın sun'ıyla olsun sahi-bi muhayyerdir. Dilerse bunu böyle parçalanmış olarak alır, başka bir şey alamaz. Ve dilerse bunun kıymetini cinsinin hilâfiyle tazmin etdirir. Çünkü Hanefiyyeye göre cedvelin alel'infirad kıymeti yok ise de mahallinde kıymeti vardır. Bâhusus insanların sun'ıyla vücuda gelmesi itibariyle kıymeti derkenardır. Bu cihetle tazmini icab eder. Şöyle ki: Bunu misliyle tazmin kabil değildir. Çünkü misli yoktur, bu cihetle kıymetiyle tazmin vâcibdir. Şu kadar var ki bu, emvâl-i ribeviyyeden olduğu cihetle kendi cinsiyle tazmine yol yoktur, zira ribâyâ müeddi olur. O halde cinsinin hilâfiyle, meselâ bu altın ise gümüş para ile tazmini lâzım gelir.

Bakırdan, tunçdan, kalaydan yapılab da vezn ile satılan kablara da altın ve gümüş kablara hükmündedir. Bunlara vezn ile satılınca sanâat sebebiyle vezni olmaktan çıkmış olmazlar, artık mevzun olacakları cihetle emvâl-i ribeviyeden sayılırlar. (Elbedâyi.)

102 — : Bir kimse gasb ettiği keresteyi veya kiremidi yaptığı binaya idhâl etse veya kireç ile binasını yapsa bunların kıymetlerini zâmin olur. Magsubünminh bunlardan dolayı binayı yıkdırmaya müstahik olmaz. Bu, İmamı Âzam ile imâmeyne göredir. İmam Züfer'e göre ise bununla magsubünminhin hakkı mürkati olmaz. Çünkü hâdis olan vaziyet, bir ziyade-i vasfdan ibaretdir, bununla magsub, müstehlek olmuş değildir. Bu halde magsubun aynini sahibine red kabildir. Bunun reddinden dolayı bir insan veya bir hayvan müteallim olmayacaktır, bir zihayatin bünyesi bozulmayacaktır, bu sırf malî bir meseledir. Reddinde hayatî bir mahzur yoktur. Binaenaleyh kereste ve tuğla gibi şeylerin reddi icab eder.

(Şafî'lere göre de gâsıb, gasb ettiği bir keresteyi veya taşı kendisinin veya başkasının mülküne idhâl edip bunun üzerine binasını yapmış olunca bakılır, eğer magsubun kıymeti zâil olmamış ve binadan çıkarılması takdirinde bir nefsin veya masûm bir malın ziyaından korkulur bulunmamış ise bu magsub çıkarılıp sahibine reddedilir. Ve noksanının bedeliyle ücret-i misli de ayrıca tazmin etdirilir. Velez ki gâsıbın bu yüzden daha çok kıymetli malı telef olsun. Çünkü kendisi mütecaviz bulunmuşdur. Bir sefinenin tahtaları arasına idhâl edilen magsub kereste hakkında da hükm böyledir. Şâyed bunların kıymetleri kalmamış olursa misillerini ve misilleri müteazzir olunca kıymetlerini tazmin lâzım gelir.

Bu gibi magsub şeyleri bir şahs bilmeyerek gâsıbdan satın alıp binasına idhâl etmiş olsa bunların istirdadı takdirinde bu şahs da binasının yıkılmasından hâsil olan noksanı gâsıba tazmin etdirir. (Nihayetül'muh-tac.)

Bu hususda İmamı Âzam ile rüfekâsı diyorlar ki: Her ne kadar magsubünminhin malı minvechin kâim ve binaenaleyh kendisine iadesi lâzım ise de bu malın aldığı vaziyet, kazandığı yeni bir maliyyet vasfı da gâsıba aid, mütekavvim bir varlıktır. Gâsıbın sebep-i zulmü, kendi hakkında mütekavvim olan bir şeyin kıymetini iskat etmez. Zararı defi' ise vâcibdir. Bu babda gâsıb ile magsubünminhden birine zararın ilhakından kurtuluş yoktur, şu kadar var ki binayı yıkmak suretiyle gâsıbı mutazarrır edince onun hakkı heder edilmiş olacaktır, magsubu iade etmeyib bedelini tediye etmekde ise bir hak heder edilmiş olmayacaktır, belki magsubünminhin zararı bikadaril'imkân defi' edilmiş olacaktır. Aynin naklin-den mütehassıl zarar ise binanın hedminden ileri gelecek zarar-ı ibtâlin dünündedir, zarar-ı eşiddin zarar-ı ahaf ile bertaraf edilmesi bir esastır. Amma gâsıb, binayı yıkar da bunları iade ederse kendi zararına razı ol-

muş olacağından buna da bir şey denilemez. (Mebûs-ı Serahî).

103 — : Meyva kabilinden olub gâsıbın yanında kuruyarak hali tagayyür etmiş bulunan bir magsubu sahibi dilerse aynen istirdad eder, başka bir şey alamaz, dilerse bunu gâsıba bırakıp bedelini tazmin etdirir. Yaş üzümün veya hurmanın kuruyarak kuru üzüm veya hurma olması gibi. Bu, kendi kendine hâsıl olan bir tagayyürdür. (Mecmaül'enhür.)

104 — : Gâsıb tarafından bir şey ziyadesiyle magsubun vasfı tagayyür ederek kıymeti artsa magsubünminh muhayyer olur. Dilerse o magsubu tazmin etdirir ve dilerse o ziyadenin husûmet günündeki kıymetini verip magsubu aynen geri alır, ve yahud magsubu satarak semeninden bir nisbet dairesinde kendi malının hissesini alır, gâsıb da ziyadeye isâbet eden hisseyi alır. Bu suretle her iki taraf kendi hakkını alarak birbirini mutazarrır etmemiş olur. (Ebüssüd-ı Elmîsî, Mecmaül'enhür.)

Fakat magsub hayvan olub da gâsıbın yanında büyüyerek kıymeti artsa veya hasta, mecruh olub da gâsıbın tedavisi ile iyi olsa veya ekili tarla veya bahçe olub da gâsıb tarafından iska edilse ve ağaçları aşılansa bunları magsubünminh böyle olduğu gibi istirdad eder, gâsıba yaptığı hizmet ve infak mukabilinde bir şey vermesi lâzım gelmez. (Hindiyîye.) (52) İnci meseleye bak!.

105 — : Gâsıb tarafından magsubun tağyir edilmesi kırmızı, yeşil veya sarı bir boya ile olunca bunda bilittifak (104) üçüncü mesele hükmü cereyan eder, amma siyah bir renk ile olunca bunda ihtilâf vardır. Şöyle ki: İmamı Âzama göre bu halde magsubünminh muhayyerdur, dilerse magsub parçanın beyaz olarak kıymetini gâsıba tazmin etdirerek onu gâsıba bırakır, dilerse onu olduğu gibi geri alır, gâsıba bir şey vermez. İmâmeyne göre ise renkler arasında fark olmadığından bu halde de (104) üçüncü mesele hükmü carî olur.

Bu ihtilâf, bir hüccet ve bürhandan mün'bâis değildir. Belki asır ve zaman ihtilâfından mütevelliddir. Çünkü İmamı Âzam zamanında siyah renk kumaşlara bir ziyadelik vermezdi, bu zamanda beni ümiyye siyah renkli libas giymekden kaçınırlardı, imâmeyn ise siyah elbise giyinen Beni Abbas zamanında yetişmişlerdi, bu zamanda siyah renk de muteber sayılmaya başlamıştı. Hattâ Harûnürreşid, hangi renkdeki libasın giyilmesi münasib olacağını İmam Ebû Yûsûf'den sormuş, o da احسن الالوان

كتبه القرآن = Renklerin en güzeli, kendisiyle Kur'ân-ı Kerim'in yazıldığı şeyin, yani mürekkebin rengidir.» demiş, bu cevap istihsân olunarak bâdehû Abbâsî halifeleri siyah renkli libaslar giyinmeğe başlamışlardı.

Maamafih denilmiştir ki: Siyah renk bazı şeylerin kıymetini artırır, bazı şeylerin kıymetini de eksiltir. Eğer magsub, siyah renk ile kıymeti eksilen şeylerden ise cevap, İmamı Âzamın dediğidir. Ve eğer kıymeti ar-

tan şeylerden ise cevap imâmeynin kavlidir. (Muhit-i Bürhâmî, Tahtavî).

106 — Gâsıb tarafından vuku bulan tağyîr ile magsubun kıymeti artmayıp eksilse ekser fukahaya göre magsubünminh muhayyerdir, dilerse magsubu gâsıba terk ederek bedelini tazmin etdirir, ve dilerse magsubu aynen alıp gâsıba bir şey vermez. Tercihe lâik olan da budur. Nitekim bundan evvelki meseleden de bu cihet anlaşılmıştır.

Fakat bazı zevâtın kavline göre bu tagayyür başka bir malda, meselâ tagayyüre sebep olan boya başka bir kumaşda farz olunarak bu ikinci kumaşın kıymetinde bir ziyadelik vücuda getirirse bu ziyade mikdar gâsıba verilir. — Onun boyası da heder olmamış olur. — (Hindiyye, Cevhere, Reddimuhtar.)

107 — Gâsıbın elinde iken magsuba âriz olan noksanda şu dört hal mutasavverdir:

(1) : Magsubun ayninde gasbdan sonra bir tagayyür hâsıl olmayıp mahza es'arın tebdiliyle kıymetinde husûle gelen noksandır. Bu noksandan dolayı gâsıba asla zaman lâzım gelmez. Gâsıb, bu magsubu gasb ettiği mekânda red ve teslim ederse magsubünminh kabule mecbur olur, bunun zaman-i gasbdaki kıymetini isteyemez. Çünkü bu halde magsubun kıymeti nâsın rağbetine göre değişmiştir. Yoksa gâsıb bunun hiç bir cüz' ini telef etmiş değildir.

(2) : Gâsıbın veya başkasının istimâliyle veya bir âfet-i semâviyye ile herhangi bir magsubun bazı cüz'ülerinin fevtiyle hâsıl olan noksandır. Bu noksan herhalde mazmundur.

Meselâ: Gâsıbın elinde magsub hayvan zaif düşse veya şu kadar dirhem mikdarı olan bir magsub bu mikdardan noksan kalsa gâsıb onu sahibine aynen reddedince kıymetindeki veya veznindeki noksanı da zâmin olur.

(3) : Altın, gümüş ve sair mevzunat ve mekilât gibi ribevî mallardan olan bir magsubun vasfına âriz olan noksandır. Bu noksan gerek yesir ve gerek fâhiş olsun, hakkında (99) uncu mesele hükmü cereyan eder.

(4) : Emvâl-i ribevîyyeden olmayan bir magsubun aynindeki mergub, muteber bir vasfın, bir mânânın fevtiyle hâsıl olan noksandır.

Meselâ: Magsub bir kölenin genç iken ihtiyar olması, veya san'atkâr iken san'atı unutması, veya güzel sesli iken bu sesden mahrum kalmış gibi ki bu noksan dahi zamanı müstelzimidir. (Molla Miskin.)

İhtiyarlıktan dolayı fâhiş bir tagayyür hâsıl olursa maliki muhayyerdir, dilerse magsub ile beraber noksanın kıymetini de alır ve dilerse magsubu gâsıba bırakarak onun tam kıymetini tazmin etdirir. Ekseri fukahanın kavli böyledir. (Hindiyye.)

Kezalik: Gâsıb, magsub libasın ciyadet gibi bir vasfını izâle etmekle veya onu yırtmakla kıymetine noksan gelse bakılır. Eğer bu bir noksan-

yesir ise yani magsubun kıymetinin dörtde birine müsavi değilse gâsıb b. noksanı da öder, ve eğer bu, bir noksan-ı fâhiş ise, yani magsubun kıymetinin dörtde birine müsavi veya daha ziyade ise magsubünminh muhayyerdır, dilerse bu libası alır, bununla beraber kıymetindeki noksanı da tazmin etdirir, ve dilerse bu libası gâsıba bırakarak tam kıymetini alır. Çünkü bu takdirde o libas minvechin müstehlek demektir. Esah olan kavlı budur.

Az yırtık ile çok — Fâhiş yırtık hakkında fukahanın başka kavilleri de vardır. Ezcümle deniliyor ki: Bu yüzden hâsıl olan noksan, yırtılan şeyin kıymetinin yarısı kadar ise fâhişdir, bundan dūn ise yesirdir. Yine deniliyor ki: Yırtılan şey, libas olmaya asla salih olmayacak bir hâle gelmiş ise bundaki noksan, fâhişdir, salih olacak bir halde ise yesirdir.

İmam Muhammed'e göre yırtık ile aynın ve menfaatin birer kısmı fevt olmuş, yani o şeyden matlub olan menfaat cinsi kalmamış ise bu, bir noksan-ı fâhişdir, bunlardan biri fevt olmayıp yalnız cevdet — İyilik vasfı fevt olmuş ise bu, bir noksan-ı yesirdir. Deniliyor ki sahih olan da budur.

Bazı zevâta göre de bu husus da san'at sahiblerine, meselâ terzilere müracaat edilir, onlar bunu fâhiş sayarlarsa fâhişrir, noksanı yesir sayarlarsa yesirdir. (Muhit-i Bürhânî.)

108 — : Bir kimse bir şahsdan buğday, diğer bir şahsdan arpa gasb ederek bunları birbirine karışdırsa bunlara bihükmezzaman malik ve her şahsa kendisinden gasb ettiği şeyi zâmin olur. Çünkü her birine kendi malını iade müteazzir olmuştur. Şöyle ki: Buğdayı arpadan ayırmak müteassirdir, müteassir ise müteazzir gibidir. Müteazzir de mümteni' demektir.

Buğdayın buğdaya karışdırılması da böyledir.

Bu mesele, İmamı Âzama göredir. İmâmeyne göre bunların sahibleri muhayyerdır. Dilerlerse bu karışık malı alıp bunda kendi mülkleri nisbetinde müşterek olurlar. Ve dilerlerse bunları gâsıba terk ederek her biri kendi malının mislini gâsıba tazmin etdirir. Çünkü her birinin malı aynen bâkidir. Şu kadar var ki bu karışdırılma yüzünden her birinin malı şirket ayıbla ayıblanmış olur. Bu cihetle de her birine muhayyerlik hakkı sâbit olur, artık dilerse malını tazmin etdirir, dilerse şirketi ihtiyar eder.

İmamı Âzama göre ise bu karışdırılma sebebiyle her birinin mülkü hükmen müstehlek olmuştur. Çünkü mahlut, hükmen başka bir şey gibidir. Hattâ bununla malın adı bile değişir. Binaenaleyh bu mahlutiyyet, gâsıbın fi'iliyle husûle geldiğinden mahluta kendisi malik olarak sahiblerine asıl mallarını zâmin olur. (Mebşüt-i Serahsî.)

109 — : Cinsinin gayriyle mahlut olan bir misli, kıyemî sayılır, arpa ile karışık bulunan buğday gibi.

San'at sebebiyle kıymeti tebeddül eden bir mevzun da kıyemiyyât.

dan addolunur. Altın veya gümüşden yapılan kablar gibi. Bunların kıymetleri tazmin edilmek lâzım gelince ribâdan hazer için kendi cinsinin muhalifiyle tazmin edilir, altının gümüşle, gümüşün altın ile tazmin edilmesi gibi. (Dürrimuhtar, Reddimuhtar.)

110 — : Vücade getirilen tagayyür sebebiyle magsubünminhin magsubdaki hakkı münkati olsa bile magsubünminh, magsubun bedelini istifa edinceye kadar ana sair guremâdan ehak bulunur.

Meselâ gasb edilen kumaşdan elbise yapılmış ve bilâhare gâsıb, vefat edib alacaklılarını terk etmiş olsa magsubünminh, bunun bedelini alınca ya kadar bu elbiseye başkalarından daha müstahikdir. Gasıbın sair alacaklıları bu bedeli vermedikce bu elbiseye el koyamazlar.

Maamafih bu elbise zayi olsa gâsıbın malından zayi olmuş olur. (Bez-zaziyye.)

(Malikî fukahasına göre magsub, bir âfet-i semâviyye ile az veya çok ayıblansa sahibi muhayyerdir, dilerse gâsıba bunun gasb günündeki kıymetini ödetir, ve dilerse bunu ayıblı olarak alır başka bir şey alamaz.

Magsub, gâsıbın fi'iliyle tebeddül etse, meselâ magsub bez, gâsıb tarafından boyansa da kıymeti artsa sahibi yine muhayyer olur. Dilerse o bezin gasb günündeki beyaz olarak kıymetini tazmin etdirir, ve dilerse o bezi alır, gâsıba boyasının hükm günündeki kıymetini öder. Yoksa magsubda ikisi ortak olmazlar. Magsubun kıymeti eksildiği takdirde ise sahibi dilerse onu öylece kabul eder, ve dilerse gâsıba bırakarak gasb günündeki kıymetini tazmin etdirir. (Şerh-i Hırşî).

(Şafiî fukahasına göre magsubda ziyadelik husûle gelince bakılır. Eğer bu ziyadelik bir eser-i mahz ise, meselâ elbisenin yıkanması veya libasın kendi ipliğiyle dikilmesi veya buğdayın un yapılması veya gümüş külçesinden dirhem darb edilmesi gibi bir şey ise bundan dolayı gâsıb bir şeye müstahik olmaz, malikine mümkün ise olduğu gibi reddetmesi icab eder, ve menfaati fevt olmuş ise bunun da ecr-i mislini ödemesi lâzım gelir.

Gasıbın vücade getirdiği ziyadelik, bina ve ağaç gibi bir ayın olursa bunları söküb atmakla mükellef bulunur, ve noksan husûle gelmiş ise onu da öder, ve bir müddet geçmiş ise ecr-i mislini de zâmin olur.

Fakat magsubun kıymeti, gâsıb tarafından vuku bulan amel ve san'at ile tezayüd ederse, meselâ: Magsub kumaş boyanır da bu yüzden kıymeti artarsa bunda gâsıb ile magsubünminh bir nisbet dahilinde müsterek olurlar.

Meselâ: Magsub kumaşın kıymeti on lira iken boyama neticesinde on iki lira olsa kumaşın on ikide onu magsubünminhe, ikisi de gâsıba aid olur. (Tuhfetül'muhtac, Nihayetül'muhtac.)

(Şafiî'lere göre gâsıb, boyadığı bir parçayı yıkayıp boyasını imkân da-iresinde gidermekle mükellefdir. Boya sebebiyle magsub parçanın kıyme-

tine noksan gelmiş olursa bu noksanı da zâmin olur. (Mecmaül'enhür.)

(Hanbelî fukahasına göre de gâsıb, magsubu aynı cinsden tam dengi olan bir mal ile temyiz edilemeyecek tarzda karışdırsa, meselâ: Magsub buğdayı, veya unu, veya zeytin yağını, veya nükudu kendi cinslerinden misilleri olan buğday ile, un ile, yağ ile ve nükud ile karışık bir hâle getirirse gâsıb üzerine magsubun mislini magsubünminhe vermek lâzım gelir. Bu halde gâsıb, magsubünminhin izni olmadıkca bu karışık şeyde tasarru-fatda bulunamaz, bunda kendi kendine mukasama ve saire yapamaz. Çünkü bu mahlutda her ikisi hisseleri nisbetinde müşterek olmuş olurlar, bu bir iştirâkdir, istihlâk değildir.

Böyle bir magsub, kendi cinsinin mâdûniyle veya mâfevkiyle veya muhalifiyle temyizi kabil olmayacak vechile karışdırıldığı takdirde de gâsıb ile magsubünminh, bunda kendi mallarının kıymetleri nisbetinde müşterek olurlar. Bu satılarak her birisi kendi hakkı mikdarını alır, bu yüzden magsubun kıymetine noksan gelmiş olursa gâsıb üzerine bu noksanı tazmin de lâzım gelir. (Keşşafül'kına.)

GASB SAYILIB SAYILMAYAN BAZI HÂLLER :

111 — : Bir kimsenin malında meşrû tasarrufatını haksız yere izâle etmek hususundaki gasba müsavî olan herhangi bir hâl ve keyfiyyet, gasb hükmündedir. Binaenaleyh zamanı icab eder.

Meselâ: Bir müstevdein vediaı müdiine karşı inkâr etmesi, veya bir müsteirin istenilen âriyeti mümkün olduğu halde müire red etmemesi veya bir kimsenin yolda bulduğu bir şeyi kendisine mâlolmak üzere alması gasb hükmündedir.

112 — : Kiralanan şey hakkında taaddisi veya taksiri bulunan bir kiracı gâsıb hükmündedir.

Kezalik: Müşterek bir malı şeriklerden biri diğerlerinin izni olmak sızın başkasına icare veya iâre etse hakkında gasb hükmü cereyan eder.

Kezalik: Vâhib, hibe ve teslim ettiği malı mev'hûbünlehin rızası veya hâkimin kazası olmaksızın geri alsa gâsıb sayılır. Nitekim hususî mebhâslerinde izah edilmiştir.

113 — : Bir kimse bir hayvanın arkasından gasb ettiği eğerini yine o hayvanın arkasına iade etse bununla gâsıb olmakdan kurtulmuş olmaz. Binaenaleyh telefî takdirinde zâmin olur. Çünkü o hayvan bunu kabul ve hıfza kâdir değildir. (Hindiyye.)

114 — : Bir kimse bir buzağıyı gasb ve istihlâk etmekle anasının südü kurusa gâsıb sayılır, hem buzağının kıymetini, hem de anasına âriz olan noksanı zâmin olur. Bu mesele, müstesna bir mahiyettedir. Çünkü o buzağının anasında malikinin mülkünü izâle gibi bir fi'il yapılmamıştır, buna rağmen onun kıymetine âriz olan noksanı ödemek lâzım gelmektedir. (Dürrimuhtar.)

115 — : Bir kimsenin mülkü bir şahsın taaddisi olmaksızın kasdsız olarak elinden çıkıp başka bir mülk ile muhtelit bir hâle gelse o mülk sahibi gâsıb olmuş olmaz. Bu halde bu iki mülkten kıymeti az olan kıymeti çok olana tâbi olur yani kıymeti ziyade olanın mâliki kıymeti az olanı zâmin olarak ona temellük eder.

Meselâ: Bir dağ üzerindeki bahçe alt taraftaki diğer bahçe üzerine yıkılıp düşse bakılır bu dağ yıkılmadan evvel üst taraftaki bahçenin kıymeti beş bin alt taraftaki bahçenin kıymeti de on bin kuruş olsa ikincisinin sahibi evvelkinin sahibine beş bin kuruş vererek orasını zabt eder. Velew ki evvelkinin sahibi razı olmasın.

Nitekim bir kimsenin elinden düşen elli kuruşluk incisini, başkasının beş kuruş kıymetli tavuğu yutsa o kimse beş kuruş vererek tavuğu alabilir. Çünkü eşedd-i zarar, ehaff-i zarar ile izâle olunur.

116 — : Yukarıdaki mesele vechile kasd bulunmaksızın birbirleriyle karışan iki mal, kıymetce müsavi olunca bakılır. Bu iki mal sahibi, biri diğerine zâmin olmak veya bunları satıp semenlerini aralarında taksim etmek hususunda uyuşurlarsa ne âlâ, uyuşamazlarsa ikisi de birlikde satılarak parası aralarında müsavat üzere taksim edilir. (Haniyye.)

117 — : Bir insan, başkasının bir incisini yutacak olsa bunun hari- ce çıkması beklenilmez, belki debelinin ödenmesi lâzım gelir. Bunu yutan insan, vefat edecek olsa karnı yarılmaz. Çünkü inci midede bozulacağından çıkarılması kabil değildir. Ve insanın hürmeti malın hürmetinden daha büyüktür. Bu halde incinin kıymeti terekesinden ödenir. Müftabih olan budur.

Fakat bir insan, başkasının bir dinarını veya on dirhem mikdarında bir gümüş parasını yutsa da vefat etse bunu çıkarmak için karnı yarılabilir. Çünkü bunlar midede bozulmaz.

(İmam Şafiî, vefat eden bir kadının rahminde diri bulunan çocuğu almak için karnı yarılacağı meselesine kıyasen bu hâdiselerde de ölünün karnını yarmayı caiz görmüştür. (Dürrimuhtar.)

118 — : Bir bahçede kendi kendine gidib yer tutan kuşlar, arılar ve bu kuşların yumurtaları mübah eşya mesâbesindedir. Bunları her kim elde edecek olsa bunlara malik olur, gâsıb sayılmaz. Bu kuşlar, arılar ve

yumurtalardan çıkacak yavrular uçub gidebilirler, bunlar muhrez sayılmazlar.

Fakat bu arıların o bahçede yapacakları ballar, bahçe sahibinin olur. Çünkü bu, sâbitdir, o bahçenin menfaatlerinden sayılır. Binaenaleyh bunları başkası alıb istihlâk etse zâmin olur.

119 — : Bir kimsenin arsasında kendisinin say ve ameliyle hâsıl olmayan otları başkası istihlâk etse zâmin olmaz. Fakat arsa sahibinin çalışmasıyla hâsıl olmuş olunca zâmin olur.

Kezalik: Bir kimsenin mülkünde biten ağaçlar o kimsenin mülkü olur, bunlar hüdayi nâbit olan otlara kıyas olunmaz. Binaenaleyh bunları alıb istihlâk edenler gâsıb olacağından bedellerini zâmin olurlar. (Behce, Feyziye.)

GASBA DAİR DAVALAR VE BEYYİNELER :

120 — : Magsub malın aslında, cinsinde, nev'inde, mikdarında, vasfında ihtilâf edilse söz, İmamı Azama göre meâl'yemin gâsıbındır. Nitekim aşağıdaki meselelerden tevazzuh edecektir.

121 — : Magsubünminhe iade edilmek istenilen magsubun ayninde ihtilâf edilip de magsubünminh «Benden gasb edilen mal bu değildir.» diye iddia, gâsıb da «Budur.» diye ısrar etse söz yeminiyle gâsıbındır. Çünkü gâsıb, kaabızdır — Zilyeddir. Kaabız ise gerek gâsıb gibi zâmin ve gerek müstevda gibi emin olsun yeminiyle tasdik olunur. Fakat gâsıb yemin-den nükûl ederse magsubünminhin iddiasını ikrar etmiş olur. (Hindiyeye)

122 — . Magsub olduğunda ittifak edilen bir malın, meselâ bir libâsın gasb zamanında yeni olup olmadığına ihtilâf olursa bunun gasb zamanında fersûde olduğunu iddia eden gâsıbın sözü yeminiyle tasdik olunur. Çünkü magsubünminh, noksan zamanını iddia etmekde, gâsıb ise bunu inkâr eylemekdedir. Söz ise münkirindir. (Bedâyi.)

123 — : Gâsıb ile magsubünminh, magsubun kıymetinde ihtilâf ve ikisi de beyyine ikâme etdiklerinde magsubünminhin iddia ve isbât edeceği kıymet ile hükm olunur. Zira onun beyyinesi ziyadeyi müsbittir. Nitekim telef olan bir şeyin kıymetinde ehl-i hibre — Bilirkişiler ihtilâf ederek, meselâ: Bunlardan iki kişi o şeyin bin kuruş, diğer iki kişi de bin beş yüz kuruş kıymetinde olduğuna şahadet etseler ekser beyyinesi müreccah olduğundan bin beş yüz kuruş ile hükm olunmak lâzım gelir. (Eşbah.)

Fakat magsubünminh iddia ettiği kıymeti isbât edemezse söz yeminiyle gâsıbındır. Çünkü söz, ziyadeyi inkâr edenindir. (Hidâye, Tahtâvî).

Magsubünminh ziyadeyi isbât edemeyince talebiyle gâsıba yemin

tevcih edilir. Gâsıb, «Ben yemin etmem, iddiamı şahidlerle isbât edeceğim.» diyemez. Sahih olan budur. (Înâye, Mecmaül'enhür.)

Bu halde gâsıbın magsubünminhe yemini redde de hakkı yokdur, yadı, «Ben magsubünminhin yemin edeceği mikdarı veririm.» diye onun yemin etmesini istemeye de salâhiyyeti yokdur. Hattâ bu teklife magsubünminhin muvafakat etmesi bile caiz değildir. Çünkü bu muvafakat, hükm-i şer'îye muhalifdir. (Hindiyye.)

124 — : Magsubünminh, magsubun meselâ on lira kıymetinde olduğunu iddia, gâsıb ise: «Ben magsubun kıymetini bilmem, fakat herhalde on liradan azdır.» dese budun ne kadar olduğunu beyana hâkim tarafından cebr olunur. Ne kadar olduğunu beyan ederse ondan ziyade olmadığı hususunda yeminiyle gâsıbın sözü kabul olunur.

Gâsıb, hâkimin emrine rağmen magsubun kıymetini beyan etmezse bunun kıymetinin iddia vechile on lira olmadığına tahlif olunur. Yeminden nükûl ederse müddeabih olan on lira sâbit olur. Fakat on lira olmadığına yemin ederse bu halde magsubünminh, magsubun kıymeti iddiası gibi on lira olduğuna tahlif olunur, yemin edince on liraya müstahik olur. (Reddimuhtar.)

Bu meselede müddeiye yemin tevcih edilmiş oluyor ki câyi nazardır!

125 — : Bir kimse bir şahsa hitaben: «Biz senden yüz lira gasb etdik.» diyib bâdehû «Biz on kişi idik.» diyecek olsa İmam Ebû Yûsûf'e göre tasdik olunmaz. İmam Züfer'e göre tasdik olunur.

İmam Züfer'e nazaran «Biz gasb etdik.» sözü cemi'de hakikatdır, bir lâfzın hakikatiyle amel ise vâcibdir, bunu bir şahsa haml ise sözün hakiki mânasiyle ameli terk demektir. İmam Ebû Yûsûf'e göre ise hakikatle amel, mümküd olduğu takdirde vâcibdir, burada ise mümkün değildir. Çünkü «Biz gasb etdik.» sözü, meçhul kimselerden gasbın vücade geldiğini haber vermektedir. Artık bu sözün hakikatiyle amel edecek olsak bu sözü ilga etmemiz lâzım gelecektir. Halbuki mecaz ile amel etmek, şüphe yok ki ilgadan evlâdır. (Bedâyî.)

126 — : Magsubun, magsubünminhe iadeden evvel veya sonra telef olduğunda ihtilâf edilib iki taraf da beyyine ikâme edecek olsa İmam Muhammed'e göre gâsıbın beyyinesiyle hükm edilir. İmam Ebû Yûsûf'e göre ise iadeden evvel telef olduğunu iddia eden magsubünminhin beyyinesi tercih olunur. (Gânim-i Bağdâdî.)

Nitekim magsub hane olub sahibi, haneyi gâsıbın yıkdıktan sonra kendisine iade ettiğine, gâsıb da sağlam olarak red eylediğine beyyine ikâme etse hane sahibinin beyyinesi müreccah olur. Çünkü bu beyyine, müsbitdir.

Kezalik: Gâsıb, magsubu sahibine reddetdiğine, sahibi de gâsıbın

mağsubu itlâf etdiğine beyyine ikâme etse sahibinin beyyinesi tercih olunarak gâsıba zaman lâzım gelir. (Gânim-i Bağdâdî.)

127 — : Gâsıb, magsubun helâkını iddia ile bedelini verdiğini ifade, magsubünminh ise mevcudiyetini dâva etse bakılır. Gâsıb, helaki isbât ederse magsubünminhin hakkı bedele intikâl eder, isbât edemezse hâkim, dilerse bedel ile hükmde acele etmez, televvümde, yani biraz intizarda bulunur. «Eğer mevcut olacak olsa idi izhar ederdi.» diye bir kanaat hâsıl oluncaya kadar gâsıbı haps de edebilir, ondan sonra bedel ile hükm eder. Nitekim magsubünminh, bedele razı olunca da hapis cihetine gidilmeksizin bedel ile hükm edilmesi lâzım gelir.

Maamafih magsubünminh razı olmasa bile hâkimin bilâ hapis bedel ile hükme hakkı vardır.

Gasbda muceb-i aslı aynın reddidir, ve gasbda asl olan aynın bekâsıdır. Gâsıb, emr-i ârizî olan helâki iddia etdiği için sözü kabul edilmeyib hapsi cihetine gıdilebilir.

Fakat bazı fukahaya göre gasbda muceb-i aslı bedeldir, aynın reddi, mahlesdir. Bunun içindir ki magsub, gâsıbın elinde mevcut iken magsubünminh kendisini ibra edebilir. İbra ise ayinde sahih değildir. Sonra magsuba kefalet ve mukabilinde rehin sahihdir. Eğer muceb-i aslı bedel olmasaydı bunların ayni kefalet, ayni mukabilinde rehin olması lâzım gelirdi ki, bu, sahih değildir. Maamafih bu kavî, zaif görülmektedir.

Bu hususdaki televvüm ve hapis müddeti muayyen değildir, hâkimin re'iyine mufavvezdir. Çünkü bu gibi mikdarları icthâd ile umumî bir surette tâyin ve tesbit kabil olamaz. Bunlar hâliselere göre tebeddül edebilir. (Hindiyîye, Mabsût-i Serâhsî).

128 — : Magsubünminh, magsub arsanın üzerinde bina bulmuş olduğu hale gasb edildiğini dâva, gâsıb da üzerinde bina olmaksızın gasb edib bilâhare üzerinde kendisinin bina ihdâs etdiğini iddia, ikisi de beyyine ikame eylese gâsıbın beyyinesi evlâdır (Ganim-i Bağdâdî.)

129 — : Gâsıb, magsub malı başkasına kiraya verdikten sonra magsubünminh ile iklâfda bulunub magsubünminh: «Sen bu malı benim emrimle kiraya vermişdin.» diye dâva, gâsıb da: «Sen emr etmemişdin.» diye iddia etse söz magsubünminhin olur. Fakat icare müddeti nihayet bulduktan sonra magsubünminh: «Ben kiraya daha müddet nihayet bulmadan icazet vermişdim.» diye inkâra mukarin iddia etse magsubünminhin sözü kabul olunmaz. (Ankaravî).

130 — : Bir kimse başkasının mülkünde tasarrufda bulunduktan sonra onun izniyle tasarrufda bulunduğunu inkâra mukarin iddia etse söz malikinin olur. Bundan zevcenin malı müstesnadır. Şöyle ki: Bir kimse zevcesinin malında tasarrufda bulunduktan sonra zevcesi vefat edib de

o malda zevcesinin izniyle tasarrufda bulunmuş olduğunu vârislerinin inkârlarına karşı iddia etse söz o kimsenin olur. Çünkü zâhir-i hâl, o kimsenin iddiasına şahiddir. (Dürri muhtar, Reddimuhtar.)

131 — : İki kimse ellerinde bulunan bir malda, meselâ bir libasda ihtilâf edib her biri kendisinden diğèrinin gasb ettiğine beyyine ikame etse bunun aralarında müsterek olduğuna hüküm olunur. (Ettarikatül'vâ-zıha.)

132— : Bir kimse bir malın kendisinden gasb edildiğini bir şahs aleyhine dâva, o şahs da bu malı o kimseden satın almış olduğunu müdâfeaten beyan edib ikisi de beyyine ikâme edecek olsa, bu müddeaaaleyh olan şahsın beyyinesi tercih olunur. (Hindiyye.)

133 — : Gâsıb, magsubu aynen veya bedelen reddettiğini iddia, magsubünminh de inkâr etse söz yeminiyle beraber magsubünminhin olur. Amma gâsıb, def'ini beyyine ile isbât ederse kabul olunur. (Hindiyye.)

134 — : Bir kimsenin elinde bulunan bir şeyin, meselâ bir beygirin kendisinden gasb edildiğini iki şahsdan her biri iddia ve beyyine ikâme etse İmam Ebû Yûsûf'ün kıyasa müstenid kavline göre bu şeye, mukaddem tarih ile gasb iddiasında bulunan şahs müstahik olur. Gâsıb, diğèr şahs için bir şey zâmin olmaz. (Hindiyye.)

135 — : Gâsıb, magsubda kıymetinin artmasını icab eden bir amelde bulunduğunu, meselâ onu yeşile boyadığını ve bu cihetle ziyadenin bedeline müstahik olduğunu dâva, magsubünminh ise bu ziyadeliğın kendi elinde iken mevcut bulunduğunu iddia etse söz magsubünminhindir. İkisi de beyyine ikame etseler gâsıbın beyyinesi tercih olunur.

136 — : Magsubünminh, gasb dâvasında bulunduğu halde ikâme ettiği şahidler, gasba değıl, yalnız mülke şahadet etseler, yani müddeabih malın müddeiye aid bir mülk olduğuna şahadetde bulunsalar İmam Ebû Yûsûf'den rivâyet edildiğine göre şahadetleri kabul olunur, ve müddeiye istizhâren bir yemin de tevcih edilir. Yani «O malı başkasına satmamış ve hibe etmemiş velhâsıl bir vechile mülkünden çıkarmamış» olduğuna dair hâkim tarafından yemin verilir. (Hindiyye, Fetavâ-i Ebissüüd.)

137 — : Magsubünminhin ikâme ettiği şahidlerden biri: Magsub mal, magsubünminhindir, diye bunu ondan müddeaaaleyhin gasb ettiğine şahadet edib diğèri de bu gasbı müddeaaaleyhin ikrar ettiğine şahadetde bulursa caiz olmaz. Çünkü şahadetlerinde ihtilâf etmiş, biri fi'le, diğèri de kavle şahadetde bulunmuş olur.

Kezalik: Şahidlerden bir mülke, diğèri de müddeaaaleyhin bu mülkü ikrar etmiş olduğuna şahadetde bulursa muteber olmaz. Çünkü yine meş-

hudünbihde ihtilâf edilmiş olur. Fakat şahidlerden her ikisi de mülke, vâni magsubün magsubünminhe aid olduğuna şahadet etmekle beraber biri si gasb edildiğini de ilâve etse şahadetleri caiz olur. Zira magsubün mülkü olduğunda ittifak etmiş olurlar. Bu ittifaka göre hükm olunur. (Meb-sut-i Serâhsî).

(Malikî fukahasına göre bir kimse bir şahs muvacehesinde kendisinden bir malını gasb ettiğini iddia etdikde ikame edeceği iki şahidden biri: «O şamsın bu malı o kimseden gasb ettiğini gördüğüne» şahadet, diğeri de «O şahsın bu gasbı ikrar eylemiş bulunduğu şahadet etse o kimsenin bu malda yalnız zilyed olduğuna yemin etdirilmeksizin kazaen hükm edilir, onun maliki olduğuna hükm edilmez.

Kezalik: İki şahidden biri: «Gasb edildiği iddia edilen mal, müddeinin mülkü olduğuna, diğeri de bu malın müddeiden gasb edildiğine şahadetde bulunsa yine zilyedliğe hükm olunur. Fakat bu ikinci meselede müddei, böyle mülkiyete şahadet edilmekle beraber o malın kendisine aid bulunduğu yemin eder ve bununla beraber yemin-i kazada da bulunursa o malın kendi mülkü olduğuna da hükm edilir.

Birinci yemine «Yemin-i mükemmile» denir ki, nisab-ı şahadeti ikmâl etmiş olur. «Yemin-i kaza» da bir yemin-i istizhâr demektir ki «Ben bu malı başkasına satmadım, bağışlamadım, bunda tasarrufda bulunmadım ve anı hiç bir vechile mülkümünden çıkarmadım.» diye yapılır.

Yalnız zilyedliğine hükm edilen kimse, o malda bazı tasarruflarda bulunabilir. Meselâ: Onu kiraya verebilir, fakat onu satamaz, cariye ise kendisine tekarrüb edemez. (Muhtasar-ı Ebizziya ve Şerh-i Kebiri.)

(İ K İ N C İ B Ö L Ü M)

İTLÂFA DAİRDİR

İÇİNDEKİLER : Mübaşeretden itlâfa dair hükmler. Tesebbüben itlâfa dair hükmler. Umumî ve hususî yollarda ihdâs edilen şeyler. Hayvanatın yaptığı cinayetler. Hayvanat hakkında yapılan cinayetler.

MÜBAŞERETEN İTLÂFA DAİR HÜKMLER :

138 — : Mübaşeretden itlâfda taammüd, şart değildir.

Binaenaleyh bir kimse başkasının bir malını elinde veya emininin elinde olduğu halde gerek kasden ve gerek kasd bulunmaksızın ve sahibinin emr ve iznine istinad etmeksizin tamamen veya kısmen itlâf etse zararını zâmin olur.

139 — : Bir çocuk, mümeyyiz olsun olmasın, başkasının bir malını emri olmaksızın tamamen veya kısmen itlâf etse kendi malından zaman lâzım gelir. Malı yoksa yüsri haline intizar olunur, yoksa velisine tazmin edilemez. Çünkü hiç kimse başkasının borcunu ödemeğe mecbur değildir. Meğer ki havâle veya kefalet gibi şer'î bir sebep bulunsun.

Meçnun ile matuh da çocuk hükmündedir.

140 — : Bir kimsenin ayağı kayıp da başkasının malını itlâf etse zâmin olur.

Kezalik: Bir kimse kendi hanesinde birşey vurmakla bitişik olan komşusunun hanesinde bundan dolayı bir şey düşerek telef olsa tazmini lâzım gelir.

Kezalik: Bir kimse kendi bahçesinde nişan atmakda iken komşusunun hanesine tecavüzle bir malını veya bir şahsı itlâf etse bedelini ödemesi icab eder.

Kezalik: Bir kimse demirci dükkânında demir döğerken kıvılcım sıçrayıp tarik-i âmdan geçen bir şahsın elbisesini yaksa zararını zâmin olur.

Kezalik: Bir kimse kendi arsasında odun yararken parçası sıçrayıp komşusunun bir malını telef etse tazmini lâzım gelir. Çünkü itlâfdan dolayı zamanda kasd şart değildir. (Haniyye, Hindiyye, Reddimuhtar.)

141 — : Bir kimse bir malı sahibinin izniyle itlâf etse üzerine zaman lâzım gelmez.

Meselâ: Bir şahs bir kimseye: «Şu malımı kır, denize at.» deyip o da

kırıp atsa bundan dolayı zâmin olmaz. Çünkü buna mal sahibi tarafından sarahaten mezon bulunmuşdur. Şu kadar var ki bir malın ziyasına âlet olduğundan dolayı günahkâr olur.

Kezalik: Bir kimse bir dükkânda sahibinin izniyle bir malı, meseiâ bir kâseyi alıp bakarken ezkaza elinden düşüb kırılrsa zâmin olmaz. Çünkü bunu almaya mezon bulunmuşdur. (Hindiyye, Reddül'muhtar.)

142 — : Bir kimse bir malı sahihlinin delâleten izniyle itlâf etse bakılır. Eğer bu itlâf ameliyyesi nâsın onda mütefavit olmayacağı bir ameliyye ise bunda her birinden istiâne sâbit olacağından bunda mütlife zaman lâzım gelmez, ve illâ lâzım gelir.

Meselâ: Bir kimse kulübesini yıkdırmak üzere bir amele isticar etmişken diğer bir şahs gelib kendi kendine o kulübeyi yıksa zâmin olmaz. Çünkü bu hususda nâs mütefavit değildir, buna delâleten izin vardır.

Kezalik: Bir kimsenin artık yaşaması kabil olmayacak bir halde bulunan koyununu onun sarih izni olmaksızın bir şahs gelib kesse kendisine istihsânen zaman lâzımgelmez. Şu kadar var ki hayvanın bu halde bulunduğu sâbit olmalıdır. Aksi takdirde hayvanın böyle bir halde bulunmuş olduğunu inkâr eden sahibi yemin ederse bunu kesen şahs, kesdiği gündeki kıymetini zâmin olur.

Bu kıymetin mikdarında söz, bu kesen şahsındır.

Kezalik: Bir kimse kurban günlerinde bir zatın kesilecek kurbanını onun sarahaten izni olmaksızın kesse üzerine zaman lâzım gelmez. Kurban o zat namına kesilmiş olur. Çünkü bu hususda da nâs mütefavit değildir. Buna delâleten izin vardır.

Fakat kesilen hayvanın derisini yüzmek ise böyle değildir. Bunda nâs mütefavitdir. Fazla bir meharet lâzımdır. Bundan dolayı sarahaten izin bulunmayınca zaman lâzımgelir.

143 — : Bir kimse başkasının malını bir şahsın emriyle itlâf etse zaman, o emr eden şahsa değil, kendisine teveccüh eder. Meğer ki âmir, hükümdar gibi mücbir olsun.

Kezalik: Bir kimse başkasının hanesini, kendi üzerinde velâyeti bulunmayan bir şahsın sevk ve tahrikiyle yakacak olsa onu o şahs değil, kendisi tazmin eder. (Feyziyye.)

(Maliki fukahasına göre bir kimse bir şeyi itlâf etmesi için bir şahsa ikrahda bulunsa o şeyi her ikisi birlikde zâmin olur. Çünkü birisi mütesebbib, diğeri de mübaşir bulunmuşdur. Fakat bazen tertib üzere zâmin olurlar. Nitekim remi = Bir şeyi atıvermek için ikrah vukuunda mübaşir, mütesebbib üzerine takdim edilir. Mükreh olan mübaşir müflis olmadıkca mücbir olan mütesebbibe müracaat edilmez.

Amma bir kimse başkasının malını cebre binaen gasb etse zaman, mücbir ile o kimseye birden teveccüh eder. (Şerh-i Muhammed-i Hırşî.)

144 — : Bir kimse başkasının malını velâyeti altında bulunan bir şahsa emr ederek itlâf etdirse bu emri sahih olur, zaman o şahsa değil, kendisine lâzım gelir. Şöyle ki bir kimse meselâ rüzgârlı ve komşusuna tecavüz edeceği melhuz bir günde oğluna emr edib tarlasında ateş yakdır- sa da komşusunun yerine geçerek bir malını itlâf etse bunun zamanı oğ- luna değil, kendisine teveccüh eder. Efendinin kölesine vuku bulan emri hakkında da hükm böyledir.

145 — : Başkasının malını velisi bulunmayan bir şahsın emriyle it- lâf eden kimse, bunu zâmin olunca bununla o şahsa rücu edemez. Meğer ki çocuk olsun. O halde evvelâ bu çocuğun malından zaman lâzım gelir, o da küçük bulunmakla o emr eden şahsa müracaat eder. (Reddimuhtar.)

Kezalik: Bir mezur çocuk, diğer bir çocuğa başkasının meselâ elbise- sini yırtmak için emr etmekle o da yırtıverse zaman, bu yırtan çocuğun malından lâzım gelir, o da kendisine emr eden çocuğa müracaat eder. (Ca- miül'fusu'leyn.)

146 — : Bir kimse başkasının malını, kendi malı zanniyle itlâf etse, meselâ: Satın aldığı koyunu kendi satın alınmış malı sanarak kesib yedik- den sonra ona bir müstahik çıksa zâmin olur. Çünkü hatası zâhir olan zan- na itibar olunamaz. Şu kadar var ki hatanın hükmü merfu olduğundan bun- dan dolayı âsim ve tazire müstahik olmaz. Satıcısına da usulen müracaat edebilir, müstahik de bunu bu kimseye değil, satana tazmin etdirebilir

147 — : Bir kimse başkasının emini elinde bulunan bir malını kas- den veya hataen itlâf etse sahibi malı o mütlif olan kimseye tazmin etdi- rir, eminine tazmin etdiremez. Meselâ: Bir şahs bir vediayı müstevdâin elinden cebren alıb istihlâk etse bunu yalnız o şahs zâmin olur. (Fetavâyı Ali Efendi.)

148 — : Bir kimse başkasının malına kıymetce bir noksan getirse bakılır, bu noksan o malın kıymetinin dörtde birine bâliğ değilse bu nok- sanın kıymetini zâmin olur. Amma dörtde birine müsavi veya daha ziya- de ise sahibi bu malı o kimseye bırakarak kıymetinin tamamını tazmin etdirmeye müstahik olur. (106) ıncı meseleye bak!

149 — : Bir kimse başkasının arsasından toprak aldıkda bakılır, bu toprağın kıymeti olmadığı halde bundan dolayı arsaya bir noksan gelmiş olursa bu noksanı zâmin olur, noksan gelmemiş ise bir şey lâzım gelmez. Fakat toprağın kıymeti bulunursa arsaya noksan âriz olsun olmasın, bunun kıymetini zâmin olur. (Feyziyye.)

150 — : Taaddi edilen bir malın sâbık haline iadesi mümkün ise iadesi lâzım gelir. Mümkün değilse kıymetinin tazmini icab eder.

Meselâ: Bir şahs bir kimsenin örülmüş hasırını bozup dağıtsa iadesi

mümkün ise kendisine iade etdirilir, değil ise kendisine bu hasır teslim edilerek bunun dokunmuş olduğu haldeki kıymeti tazmin etdirilir. (Haniyye.)

151 — : Bir kimse başkasının koyunlarının yününü kırksa da bundan meselâ keçe yapsa bu keçe kendisinin olur. Çünkü kendisinin sun'iy-le vücuda gelmiştir. Bu halde bakılır, koyunların kırılması bunların kıymetlerine noksan vermemiş ise o kimse yalnız bu yünün mislini zâmin olur. Amma noksan vermiş ise sahibi muhayyer olup dilerse bu yünün mislini alır, ve dilerse bundan dolayı koyunlara âriz olan noksanı ödetir. (Hindiyye.)

152 — : Bir kimsenin mülkünde kazıttığı kuyuyu, başka bir şahs bundan çıkarılan toprakları doldurarak kapatsa bu kuyu, bir kerre kazılmış, bir kerre de kazılmamış olarak takvim edilir, aradaki tefavütü o kimse zâmin olur. Fakat bu kuyuya bir mikdar toprak atsa bunu çıkarmaya cebr olunmaz.

Kezalik: Bir kimsenin kuşu, başkasının kuyusuna düşerek ölse bunu çıkarmak o kuşun sahibine aiddir. Fakat kuyunun suyunu çıkarmak onun üzerine lâzımgelmez. (Hindiyye.)

153 — : Bir kimse başkasının mülk hane, dükkân, duvar gibi bir akarını haksız yere yıksa bunu olduğu gibi inşa etmesine cebr olunmaz. Çünkü bina misliyyatdan değildir ki misli kaza edilmek mümkün olsun. Bu halde sahibi muhayyerdır, dilerse enkazı o yıkan kimseye ve o ölmüş ise vârislerine terk ederek mebniyyen kıymetini tazmin etdirir, ve dilerse o akarın mebniyyen kıymetinden enkazının kıymetini tenzil ve bâki kıymetini tazmin ile beraber o enkazı da alıkoyar. Çünkü o bina, enkazı mevcud olduğundan minvechin kaimdir. Şekli bozulduğu cihetle de minvechin hâlikdir. Binaenaleyh sahibi dilerse kıyamı cihetine meyl ederek noksanını ödetir, ve dilerse helâki cihetini nazara alarak kıymetini ödetir. (Tenkih-i Hâmidî.)

Fakat o kimse enkazını da istihlâk etmiş olursa artık muhayyerlik kalmaz. Yalnız mebniyyen kıymetinin tazmini teayyün eder.

Bir de gâsıb, onun kendi rizasiyle evvelki hali üzere veya daha iyi olarak bina ederse zamanından kurtulur. Gerek evvelki enkaziyle bina etsin ve gerek başka levâzım ile inşa etsin müsavidir. Amma mütefâvit ve aşağı bir halde bina ederse zamandan beri olmaz (Bezzâziyye.)

Mescid gibi vakf binalarda ise herhalde yeniden inşa lâzımdır. Evkaf mebhasına müracaat!.

154 — : Bir kimse bir şahsın malik olduğu ağaçlarını tagallüben diblerinden keserek istihlâk etse bu ağaçların kaimen kıymetlerini zâmin olur. Şöyle ki : Bahçe bir kerre bu ağaçlar kesilmemiş olduğu halde bir kerre de

kesilmiş olduğu halde takvim olunur, iki kıymet arasındaki farkı zâmin olur. Bu kesilmiş ağaçlar mevcut bulunursa sahibi muhayyerdır, dilerse bunları alıverir, yalnız noksanını tazmin etdirir, şöyle ki : Kaimen kıymetlerinden maktûan kıymetleri tenzil ederek bâkî meblâğı alır, bununla beraber o kesilmiş ağaçları da alıkor.

Meselâ : Ağaçlar kaim olarak bahçenin kıymeti on bin, ağaçsız kıymeti beş bin, ağaçların kesilmiş kıymeti de iki bin kuruş olsa sahibi dilerse bu ağaçları kesene terk ederek beş bin kuruş alır, dilerse üç bin kuruşla beraber ağaçları da alıkor.

Şâyed bu ağaçların kaimen kıymeti ile böyle maktûan kıymetleri müsavı olur da sahibi bu ağaçları alıorsa artık bunları kesenden bir şey isteyemez. Çünkü bu takdirde bir şey telef ve zayi olmuş sayılmaz (Bezzâziyye, Hâniyye.)

155 — : Bir ağacın tagallüben kesilen dalları hakkında da yukarıdaki mesele hükmü cereyan eder. Kesilen dallar yüzünden ağaca âriz olan noksan, fâhiş olursa ağacın tamam kıymetini tazmin lâzım gelir. — velev ki yerine başkası bitsin. — (Vâkıat.)

156 — : Bir kimse başkasının hanesi kapısının iki kanadından birini veya bir çift ayakkabısından bir tekini itlâf etse sahibi o kimseye diğerini de red ile her ikisini tazmin etdirebilir (Hâniyye.)

157 — : Bir kimse başkasının elbisesini çekib de yırtsa vücuda gelen noksanın tamamını zâmin olur. Amma başkasının elbisesine yapışıp da sahibi çekmekle yırtılsa kıymetinin yarısını tazmin eder. Çünkü bu hâdise o kimse ile elbise sahibinin birleşmiş fi'illerinden ileri gelmiştir. Bu cihetle zamanı mütesavı bir inkısama uğrar.

Kezalk : Bir kimse başkasının eteği üzerine oturub da sahibi bilme-yerek kalkmakla elbisesi yırtılsa o kimse bu elbiseye âriz olan noksanın yarısını zâmin olur.

158 — : Bir kimse bir şahsın kolunu ısırıb da bu şahs kolunu çekmekle o kimsenin dişleri döküldüğü gibi bu şahsın da eti kopsa dişler, he-der olur, o kimse kolun diyetini zâmin olur (Hâniyye.)

159 — : Bir kimse komşusunun hanesinde yangın çıkmakla kendi hanesine sirayet etmesin diye aralarında bulunub kendisine aid olan tah-ta perde ve saire gibi şeyleri yıksa bundan dolayı komşusundan tazminat isteyemez (Tenkih-i Hâmidi.)

• 160 — : Bir mahallede yangın çıkmakla bir kimse — tevessüüne mâni olmak üzere — oradaki bir haneyi sahibinin izni olmaksızın yıksa ba-kılır, eğer bunu veliyyül'emrin emriyle yıkmış ise zaman lâzımgelmez. Çünkü veliyyül'emrin velâyet-i âmmesi vardır. Zarar-ı âmmı defi' için za-

zarar-ı hassı iltizam hususundaki emri meşrûdur. Ve eğer kendi kendine yıkılmış ise bu hanenin yangın o civarda mevcut bulunduğu haldaki kıymetini zâmin olur. Yangın gerek orada kesilsin ve gerek kesilmesin müsavidir. Şu kadar var ki bunu yıkdığından dolayı âsim ve tâzire müstahik olmaz (Bezzâziyye, Hindiyye, Behce.)

161 — : Bir kimse bir mahallede vuku bulan yangını söndürmek için orada birisinin hanesi üzerine çıkmakla hane kendi kendine tamamen veya kısmen yıkılsa bunu zâmin olmaz. Çünkü bunda bir zaruret var demektir. Ammeye müteveccih bir yangın zararını defi' için herkes çalışmaya selâhiyattardır. (Reddimuhtar.)

Nitekim bir zat, İslâm hudûduna hücum eden bir düşmanı defi' için başkasının silâhını muvafakati olmadan alıb da bu silâh müdafaa sırasında telef olsa üzerine tazmini lâzım gelmez. (Tahtâvî.)

162 — : Bir kimsenin bahçesine veya hanesinin duvarı üzerine komşusunun ağacının dalları sarkmış, havasına mâni olmuş olunca «Bunları kaldır ve illâ ben kaldırıyorum.» diye komşusuna müracaat etmelidir. Komşusu kaldırmazsa kendisi bunları zaruret mikdarı kesebilir, buna hakkı vardır. Fakat bu hususta hâkime müracaat etmesi evlâdır.

Bu dalların bağlanmalarıyle zararları defi' edilebilirse kesilmeleri cihetine gidilemez. Aksi takdirde tazmini lâzımgelir.

Bu dalların bir takımını bağlamakla zararlarını defi' mümkün, bir takımının ki gayrı mümkün olduğu halde bunların hepsi kesilse mümkün olanların tazmini lâzımgelir, mümkün olmayanların tazmini lâzımgelmez.

Bağlanmalarıyle zararlarını defi' kabil olmazsa hâkimin tâyin edeceği mikdarı bahçe veya hane sahibi bizzat kesebilir, fakat komşusunun bahçesine kendi kendine girmeğe hakkı yokdur. (Hindiyye.)

163 — : Zulüm gören kimsenin ne zâlîme ve ne de başkasına zulm etmeğe selâhiyyeti yokdur, çünkü zulm, kat'iyyen haramdır, usuliyle izâle edilir, yoksa zulme zulm ile mukabele edilemez. Meselâ magsubünminh, gasb edemez, mesrûkünminh sirkatde bulunamaz. Ve bir kimse kendisinin malını itlâf eden şahsın malını bil'mukabele itlâf edemez. Ederse kendisi de zâmin olur.

Kezalik : Bir kabileden biri diğer kabileden birinin malını itlâf etmekle o da evvelki kabileden birinin malını itlâfa kalkışamaz, ve illâ her biri telef ettiği malı zâmin olur.

Kezalik : Bir kimse aldanıb da birinden aldığı bir kalb akçayı başkasına süremez. Fakat bunu aldığı şahsa iâde ile sağlamam isteyebilir. (Feyziyye, Fetavâyı Cedide.)

164 — : İtlâfa icazet lâhik olmaz, böyle bir icazet sahih ve muteber değildir.

Binaenaleyh bir kimse bir zatın malını haksız yere itlâf etdikden sonra o zat : «Mücîz oldum.» veya «Razi oldum.» dese bununla o kimse zaman dan beri olmaz. O zat, isterse bu malını yine tazmin etdirebilir.

Kezalik: Vârislerden biri diğerlerinin gıyabında terekeden bazı malları sarf ile ziyafet verdikden sonra diğerleri gelib buna icazet verseler, bâ-dehû hisselerini tazmin etdirmeye kıyam edebilirler. Çünkü itlâf, bir mevkuf akd değildir ki buna icazet lâhik olsun. Bu esasdan yalnız lukata müstesnadır. Şöyle ki : Bir kimse elde ettiği bir lukatayı tesadduk etdikden sonra sahibi zuhur edib bu tesadduka icazet verse sahih olur, artık bundan rücu edemez. Çünkü bu tesadduka esasen şari-i hakim tarafından izin vardır. (Reddimuhtar.)

165 — : Bir kimse bir şahsın bir kab içindeki şu kadar yağın akıdib itlâf etdikden sonra bu yağın temiz olmadığını iddia, sahibi de temiz bulunmuş olduğunu dâva etse o kimse bu yağın temiz olmadığına dair yemin edince tasdik olunarak ona göre bedelini zâmin olur. (Feyziyye.)

TESEBBÜDEN İTLÂFA DAİR HÜKMLER :

166 — : Tesebbüben itlâfda teammüd şartdır. Binaenaleyh mütesebbib, müteammid olmayınca zâmin olmaz. Fakat müteammid olunca zâmin olur, yani : Bir kimse birinin malını müteammid olarak tesebbüben itlâf eder, veya kıymetini tenkis eyler ise, başka bir tabirle kendisinin fi'ili bir malın telefine yahud kıymetinin noksanına sebep-i müfzi olursa itlâfı halinde bedelinin tamamını, kıymetinin noksanı halinde de bu kıymeti zâmin olur.

Meselâ : Bir kimsenin hayvanı bir şahsdan ürküb de firar eylese ziyandan dolayı o şahsa — ürkütmek kasdı bulunmadığı için — zaman lâzımgelmez. Velew ki hayvana yaklaşmış olsun. Amma hayvanı kasden ürkütmüş ve ondan dolayı hayvan firar ederek zayi olmuş olursa zaman lâzım gelir.

Kezalik : Bir avcı ava tüfek atıb da sesinden başkasının hayvanı ürkererek firar ederken düşüb ayağı kırılrsa zâmin olmaz. Fakat başkasının hayvanını ürkütmek kasdıyle tüfek atmış ise telefi takdirinde zâmin olur.

167 — : Tesebbüben itlâfın zamanı mucib olması için teaddi de şartdır.

Yani mütesebbibin tesebbübünden dolayı meydana gelen bir zararı zâmin olması için o zarara müeddi olan fi'ili amden, hem de haksız yere yapmış bulunması lâzımdır. ve illâ zaman lâzım gelmez.

Meselâ : Bir kimse veliyyül'emrin izni olmaksızın tarik-i âmde bir kuyuyu kazıyıp da oraya başkasının hayvanı düşerek telef olsa zâmin olur. Çünkü

kü o kimsenin tarik-i âmde böyle bir kuyu kazımaya hakkı yokdur, bu bir teaddidir.

(Hanbelî fukahasına göre bir kimse hanesinin finasında, yani hanesinin merafikından sayılıb haricen yakınında bulunan bir yerde kuyu kazısa veya bina yapsa veya kereste bıraksa bunlara düşüb telef olan şeyi zâmin olur. Velew ki bu hareketi veliyyül'emrin izniyle olsun. Çünkü veliyyül'emrin izni vermeğe selâhiyeti yokdur. Kuyunun yarısı da arsamın finasına müsadif olduğu takdirde de hükm böyledir. Böyle bir yerde kuyu kazılmasını veya bina yapılmasını veliyyül'emr emr etmiş olursa telef vukuunda bunu yalnız veliyyül'emr zâmin olur (Keşşafül'kına.)

168 — : Bir kimse tarlasına giren hayvanı tarlasından çıkardıktan sonra o hayvan zayi olsa veya o hayvanı kurt yese kıymetini zâmin olmaz. Çünkü bunda teaddi yokdur. Meğer ki tarladan çıkarmakla beraber daha öteye sürmüş bulunsun, o zaman zâmin olur. (Hindiyeye, Ali Efendi.)

Kezalik : Bir kimse yol üzerindeki bir duvardan atlamakla yoldan geçen bir hayvan ürküb arkasındaki yükü atarak telef olsa tazmini lâzım gelmez. Çünkü bunların bir birinde teammüd yokdur.

169 — : Bir kimse, birisinin tarla veya bahçesinin suyunu seddedib de ekinleri ve sair dikdiği şeyler kuruyarak telef olsa, yahud suyu mûtâd hilâfına olarak kendi tarlasından taşıyıp da başkasının tarlasını su içinde bırakmakla ekinleri telef olsa bunların telef olduğu zamandaki kıymetini zâmin olur.

170 — : Bir kimse bir şahsın elbisesine amden sarılıb mücadele ederken bu şahsın üzerinden bir şey düşüb telef olsa veya sakatlınsa bunu o kimse zâmin olur.

Düşen şey zayi = Gaib olduğu takdirde de bakılır. Eğer sahibinin yakınına düşmüş ve sahibi onu görüb almaya kâdir bulunmuş iş zaman lâzımgelmez. (Hâniyye.)

171 — : Bir kimse bir şahsın üzerine bir köpeği kışkılamakla köpek gidib o şahsın elbisesini parçalasa o kimse zâmin olur, velew ki kendisi köpeğin arkası sıra gitmiş olmasın. (Ankaravî.)

172 — : Bir kimse tarlasına giren yabancı bir beygir üzerine hücum ve tazyik etmekle beygir havalinin üzerinden sıçrarken kazığa saplanarak helâk olsa tazmini lâzımgelir. (Behce.)

173 — : Bir kimse başkasının ahırının kapısını açıb da içindeki hayvan firar ederek zayi olsa veya kafesin kapısını açıp da içindeki kuş uça zâmin olur. Velew ki ahırın kapısını açtığı halde bunları tenfir edib kaçırarak bir şey söylemiş olmasın. Bu, İmam Muhammed'e göredir. Mecelle'ce muhtar olan da budur. Fakat İmamı Şâfiî ile İmam Ebû Yusuf'a göre ka-

pısını açmakla beraber hış hış, kış kışgibi bir şey söylemiş olmayınca zaman lâzım gelmez. Çünkü bu halde hayvan kendi ihtiyarıyla firar etmiş sayılır. (Ankaravî, Mecmaül'enhür.)

174 — : Bir kimsenin duvarı üzerine koyduğu ağaç düşerek birisine zarar verse bakılır, o ağacı o duvara koymaya hakkı var ise zâmin olmaz, hakkı yok ise zâmin olur. Çünkü bu haldemüteaddi sayılır.

175 — : Bir kimse hanesinde bermûtâd ateş yakmakla kazaen yangın çıkıp komşusunun hanesi yanacak olsa zâmin olmaz. Fakat hilâf-ı mûtâd yakmış olursa komşusunun hanesinin mebnîyyen kıymetini ve çıkaramadığı eşyasının da bedellerini zâmin olur. (Hâniyye, Behce.) Meselâ : Bir kimse hanesindeki fırınına o fırının tehammül edemiyeceği derecede odun atıp yakmakla hanesi yandığı gibi sirâyet ederek komşusunun hanesi de yansa bunu zâmin olur. (Hâniyye.)

176 — : Bir kimse tarlasındaki çalıları yakarken kıvılcımlarından komşusunun tarlası yansa bakılır, eğer komşunun tarlası âdetâ nazaran kıvılcımın kendisine yetişemiyeceği kadar uzak bulunmuş ise üzerine zaman lâzımgelmez. Fakat bu derece uzak olmayıp yakacağı ateşin şerareleri bu tarlaya yetişeceğini bilecek vechile yakın bulunmuş ise zâmin olur. (Behce.)

177 — : Bir şeyin telefi hususunda mübaşir ile mütesebbib içtima etse zaman mübasire lâzımgelir. Söyle ki: Bir şahs, bir şeyin telefine sebep olan bir işi işlemiş olduğu halde araya ihtiyarî bir fi'il hilûlet eylese, yani başka bir şahs o şeyi mübâşeretden itlâf etse bunu, bu ihtiyarî fi'il sahibi olan fâ'il-i mübâsir zâmin olur, mütesebbib zâmin olmaz. Bu esas üzerine aşağıdaki meseleler teferru eder.

178 — : Bir kimsenin kapısını bir şahs açık bıraktığı veya duvarını deldiği halde diğer bir şahs buraya girip bir mal çalsa zamanı bu çalan şahsa lâzımgelir.

179 — : Yol kesici gibi bir zâlimden firar eden kimseyi bir şahs tev-kif etmekle o zâlim yetişip bu kimsenin malını alsa bunu bu şahs değil, o zâlim zâmin olur.

180 — : Harbîlerden korkan bir mahal ahalisini münavebe ile bekleyen nöbetçilerden birinin sırasında harbîler o mahalde bir kimsenin hanesini basıp malını garet etseler bu nevbetçiye zaman lâzımgelmez.

181 — : Haksız yere yapılan se'ayet = jurnalcılık zamanı mucibdir.

Söyle ki: Bir kimse bir şahsın zulm ve gadr ile maruf olan ehl-i örfden birine haksız yere gamz edip cerime namıyla şu kadar parasını aldirmaya sebep olsa o şahs, bu parayı o kimseye tazmine kâdir olur. (Behce.)

182 — : Onun bunun emvâlini tagallüben almakla maruf bir gaddara : «Şu kimsenin filân mahalde şöyle zahiresi vardır, veya şöyle güzide atı vardır.» diye haber verib bunların haksız yere alınmasına sebebiyyet veren şahs, jurnalcılık etmiş olacağından bunu zâmin olur, vefat edecek olsa terekesinden tazmin etdirilir. (Tahtâvî.)

Bu gibi fesâde say eden şahs hakkında, evv lâ fazla bir tazîr lâzımgelir, sonra seâyeti yüzünden alınan mal, telef olunca tazmîni icab eder, çünkü bu jurnalci ma'siyeti irtikâb etmiş, mal sahibine eziyetde bulunmuş, ve elinden alımb kullanılan şey, hayvan ise ona da zulm eylemiş olur. Hayvana zulm ise daha sediddir. Binaenaleyh fesâdı izâle için mütebahhir âlimlerin ekserisi bu vechile fetvâ vermişlerdir. Bunun seâveti yüzünden malın alındığı tahakkuk etdiği veya zannı galib ile zannedildiği takdirde kendisi mübaşeretden mütlif gibi olmuş olur. (Fetavâyı Hayriyye.)

Bir jurnalci, evvelâ : Kötü bir işi irtikâb etmekle kendi nefsi hakkında fenalık etmiş olur. Saniyen : Aleyhine jurnal verdiği kimse hakkında fenalıkda bulunmuş olur. Sâlisen : Kendisine jurnal verdiği şahsı zulme sevk etmekle onun hakkında fenalık yapmış olur. Bu cihetle jurnalciye (Müsellec) denilmiştir ki insanların en kötüsü sayılır.

183 — : Bir şahs bazen hem mübâşir, hem de mütesebbib olahtır.

Meselâ : Bir kimse başkasına aid asılmış bir avizenin ipini keserek onun yere düşüb kırılmasına sebep olsa ipi kesmesine nazaran fâ'ili mübaşir, o avizenin düşüb kırılmasına sebebiyyet vermesine nazaran da mütesebbib olur. Binaenaleyh hem ipi, hem de avizeyi zâmin olur.

Kezalik : Başkasına aid bir tulumu yarıb içindeki yağın akarak telef olmasına sebep olsa mübâşeretden tulumu, tesebbübden de yağı itlâf etmiş, binaenaleyh her ikisini de zâmin olmuş olur. (Hânîyye.)

184 — : Bazen iki mütesebbib ictimâ eder. Bir hâdis için vermiş oldukları sebebiyyet mütefâvît olunca zaman kuvvetli sebebe teveccüh eder.

Meselâ : Bir şahs bir kimsenin ahırının kapısını açsa, diğer bir şahs da o ahırdaki hayvanın bağını çöze de hayvan kaçarak zayı olsa zaman kapıyı açan şahsa lâzımgelir. Görülüyor ki bu hâdisede iki mütesebbib ictimâ etmiş, fakat kapının açılması, hayvanın firarı için daha kuvvetli bir sebep olduğundan zaman kapıyı açan mütesebbibe teveccüh eylemiştir.

(Hanbelî fukahasının beyanına göre iki gemi yürürken veya dururken kapdanlarının tefriti yüzünden birbirine çarparak gark olsalar her birisi diğerinin gemisini ve bu gemide gark olan seyleri zâmin olur. Çünkü bu telef her ikisinin fî'ili sebebiyle husûle gelmiştir. Tefritleri bulunmadığı takdirde isehîç birine zaman lâzımgelmez. Zira bu halde ne mübâşir, ne de mütesebbibdirler.

İki kapdandan yalnız biri tefritde bulunmuş olsa bunları yalnız o zâmin olur. Tefritin vukuu ve adem-i vukuunda ihtilâf olunsa rüzgârın kendisine galebesi ve tefritin adem-i vücudu hususunda söz yeminiyle kapdandır. Çünkü o münkirdir. Asl olan da beraettir.

Bir kapdanın tefriti, gemisini zapta, diğerinden redde, başka tarafa sevka kâdir olduğu halde böyle yapmamasıdır. Veya gemisi için lâzımgelen âletleri, halatları ikmâl etmemiş bulunmasıdır. Kaptanlar bu müsademeyi âmden yapmış olunca her iki gemiye aid bütün zayıatı müştereken zâmin olurlar. Ve insanların gark olmalarından dolayı da şeraiti dairesinde haklarında kısas veya diyet lâzımgelir. (Keşşafül'kına.)

UMUMÎ VE HUSUSÎ YOLLARDA İHDÂS EDİLEN ŞEYLER :

185 — : Herkesin tarik-ı âmden hakk-ı müruru vardır. Fakat bu mürur, selâmetle meşruttur. Yani taharrüzü mümkün olan hallerde başkasına zarar vermemekle mukayyedir. Çünkü bu yolda başkalarının da mürur hakkı vardır, onların haklarına da riâyet lâzımdır.

Binaenalevh tarik-ı amde bir hammalın arkasındaki veya başındaki yükü düşüp de birinin malını telef etse hammal o malı zâmin olur.

Kezalik : Hammalın arkasından tarik-ı am âzerine düşüp henüz yol üzerinde bulunan bir yük üstüne oradan geçen bir insan kazaen düşerek elbisesi yırtılsa hammal bunun zararını zâmin olur.

186 — : Tarik-ı âm, namazgâh, mer'a gibi arazi-i metrûkede onun bunun tarafından vücade getirilecek şeyler herhaldê sökülür, kaldırılır.

Meselâ: Bir kimse bir köy ahalisinin araba çekmelerine mahsus bir yerde bina vapsa ahalisi hâkime müracaat ederek bu binayı sökdürebilirler. (Behcetül Fetavâ.)

Velew ki bu binanın kıymeti o yerin kıymetinden fazla olsun. Velew ki bu binanın sökülmesi o yere muzir bulunsun.

187 — : Bir kimse veliyyül'emrin izni olmadıkca tarik-i amde alım satım için oturamaz. Oturur da bu yüzden birinin malı telef olursa zâmin olur.

Kezalik : Velivvül'emrin izni bulunmadıkca tarik-i âmden oluk, çıkma, helâ gibi bir sev ihdâs edemez. Edecek olursa ondan tevellüd eden zarar ve ziyânı zâmin olur.

Meselâ : Bir kimse tarik-ı âm üzerine bilâ izin kereste yahud taş vıgıb da üzerine bir sahsın havvanı o sahsın sun'u olmaksızın basıb sürcerek telef olsa o kimse bunu zâmin olur.

Kezalik : Bir kimse tarik-i amme yağ veya karpuz kabuğu gibi kaypak bir şey döküb de başkasının hayvanı bundan kayarak telef veya sakat olsa o kimse bunu zâmin olur.

188 — : Bir kimse tarik-i âmde rüzgârlı bir günde kor koymakla burdan birisinin bir malı yansa, Şemsül Eimmeye göre zâmin olur. (Hâniyye.)

189 — : Bir kimse tarik-ı âm gibi gidib gelmeğe hakkı-olan bir mevziden ateş ile geçmekde iken ateş düşmekle veya rüzgâr esmekle birinin malını yaksa zâmin olmaz. Amma geçmeğe hakkı olmayan bir yerden ateş ile geçerken birinin malını yaksa bakılır, eğer rüzgâr esmesinden dolayı yakmış ise zamanı lâzım gelmez, amma ateş parçasının düşmesinden dolayı yakmış ise zaman lâzımgelir. (Behce, Feyziyye.)

190 — : Bir kimsenin tarik-ı âmde haksız yere kazdığı kuyuya bir şahs birisinin hayvanını atıp itlâf etse bunu bu şahs zâmin olur. Çünkü bu, mübâşirdir. Yoksa o kuyuyu kazıyan zâmin olmaz. Zira o mütesebbibdir.

191 — : Bir kimse tarik-ı âmde bilâ izin bir şey ihdâs etmek isteyince oradan geçecek herkesin bunu men'e salâhiyyeti vardır. Men'edilmeyib de vücade getirilmiş olsa ammeye muzir olsun olmasın İmamı Azama göre yine hadm ve refil etdirilir. İmam Muhammed'e göre hadm ve ref' etdirilemez. Mecellenin (1213) ncü maddesi bu kavle göredir. İmam Ebû Yusuf'a göre de muzir olmayınca kimsenin ne men'e, ne de hâdmini talebe hakkı olamaz.

192 — : Bir kimsenin tarik-ı âmme bilâ izin koyduğu ağaç veya taş üzerinden bir şahs geçmekle kendisine bir zarar lâhik olsa bakılır. Eğer bu şahs, oradan müteammiden geçmiş ise o kimseye zaman lâzım gelmez. Fakat müteammid olmayıp da âmâ bulunsa veya geceleyin geçmiş olsa zaman lâzımgelir. (Ankaravî, Mecmaül'enbür.)

193 — : Bir kimse tarik-i âmdeki bir dükkânın önünü bir şahsa emr edib sulatsa da bundan birinin hayvanı kayıp telef olsa istihsânen bu âmir zâmin olur. (Ankaravî.)

194 — : Birinin sağlam veya inhidama mâil olan duvarı tarik-i âmme veya tarik-i hassa veya birinin mülküne yıkılıp da başkasına bir zarar verse zaman lâzım gelmez. Çünkü duvar sahibinin bunda bir günâ hiyaneti yoktur. Mübâşir olmadığı gibi mütesebbib, müteaddi de değildir.

Fakat duvar evvelce inhidama mâil olub da sahibine diğer bir kimse : «Duvarını yık.» diye takaddüm ve tenbih etmiş ve duvarı yıkacak kadar da bir vakit geçmiş olursa istihsânen zaman lâzım gelir. Velew ki bu hane sahibi onun içinde oturmayıp onu başkasına icar veya terhin etmiş olsun.

Su kadar var ki o kimsenin takaddüme ve tenbihe salâhiyyetdar olması şartdır. Söyle ki: Duvar, eğer komşunun hanesi üzerine yıkılmış ise fakaddüm eden o hanenin sâkinlerinden olmalıdır. Haricden birinin takaddümü, tenbihi muteber değildir. Ve eğer tarik-i has üzerine yıkılmış ise

takaddüm eden, o tarikde hakk-ı mürûru olan kimselerden olmak lâzımdır. Ve eğer tarik-i âm üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun takaddümü muteberdir. Takaddüm için cinayet bahsine müracaat (Hâniyye, Camiül'fü-sûleyn.)

195 — : Bir kimse bir duvarı yapıdırırken sağlam yapıdırmayıb da inhidama mâil ve mimârî fennine muhalif olarak yapıdırmış olsa bunun yıkılmasından ileri gelen zararı taakddüme tevakkuf etmeksizin zâmin olur.

196 — : İnhidama yüz tutmuş olan duvar, taakddümden sonra komşunun sağlam duvarı üzerine yıkılıb onu da yıkmakla bu sağlam duvar birisinin bir malını itlâf etse bu malı da, o duvarı da tazmin etmek inhidama mâil olan duvar sahibi üzerine lâzımgelir. (Behce.)

197 — . Bir hanenin üst katı birinin, alt katı da başkasının olub hepsi birden inhidama yüz tutduğu ve tekadüm vuku bulduğu halde üst kat yıkılıb bir şahsın bir malını, meselâ hayvanını itlâf etse bunu üst kat sahibi zâmin olur.

Kezalik : Bir kimsenin duvarı tekaddümden evvel yıkılıb enkazının kaldırılması için kendisine tekaddüm vuku bulmuş iken kaldırmayıb da bu enkaza bir hayvan sürçerek telef olsa zamanı lâzımgelir. (Hâniyye.)

198 — : Bir haneden tarik-i âmme bilâ izin çıkarılan şahnişin veya koyulan şeyler, o hanenin başkasına satıldıktan sonra da bir zarara sebebiyet verse bunun zamanı, onları yapan ilk sahibine 'aid olur; haneyi satmış olmakla bu zamandan kurtulamaz. Elverir ki evvelce tekaddüm vuku bulmuş olsun. Çünkü bunların tarik-i âmde mücerred ihdâsı bir cinayettir, bu satış ile bâtil ve eseri zâil olmaz. (Hâniyye.)

199 — : İnhidama mâil duvar ve sairé için vuku bulan tekaddümden dolayı sahibinin mes'ul olması için onun yıkıldığı güne kadar sahibinin onda tasarrufa muktedir olması lâzımdır.

Binaenaleyh yıkılmaya yüz tutmuş bir duvar, tekaddümden sonra başkasına kat'ivven satılsa veya bağışlanıb teşlin' edilse de bâdehû yıkılarak birisine zarar verse bunun sâbık sahibine zaman lâzımgelmez. Çünkü artık bunu yıkmaya kendisinin salahiyyeti kalmamıştır. Lâhik sahibine de lâzımgelmez, zira kendisine tekaddüm vuku bulmamıştır.

Tekaddümden sonra sahibinin cünûn-ı mutbik ile mecnûn olub bâdehû yıkılması takdirinde de hükm böyledir. Çünkü mecnûnun hakk-ı tasarrufu ve hadme iktidarı yokdur. (Hâniyye.)

200 — : İnhidâma mâil olan bir duvarın veya hanenin sahibi çocuk veya mecnun bulursa tekaddüm onun velisine veya vasisine yapılır. Bu tekaddümden sonra yıkılır da bir zarara sebep olursa zamanı bu çocuğun veya mecnunun malından lâzımgelir. Velisine veya vasisine lâzımgelmez.

velev ki bunlar bu duvarı veya haneyi yıkmak veya islâh etmek hususunda taksir etmiş olsunlar. (Ankaravî.)

201 — : Bir kimsenin duvarı bir şahsın mülküne doğru yıkılmaya yüz tutmuş ise de tarik-i amme doğru inhidâma mâil ve korkunç bulunmamış olsa o şahsın tekaddümünden sonra duvar tarik-i amme yıkılsa bundan dolayı o kimseye zaman lâzımgelmez. (Câmiül'fusûleyn.)

202 — : Bir duvar kısmen tarik-i âmme, kısmen de bir şahsın hanesine karşı inhidâma mâil olmakla o şahs tarafından tekaddüm vuku bulduktan sonra duvar, o hanenin üzerine veya tarik-i amme yıkılsa zararını duvar sahibi zâmin olur. Çünkü duvar esasen birdir. Hane sahibi de âmmeden biridir. Tekaddümé her vechile salâhiyyeti vardır. Binaenaleyh tekaddümü her iki kısım hakkında da sahih olmuş olur.

Kezalik : Tekaddüm o şahs tarafından değil de âmmeden biri tarafından vuku bulduktan sonra duvar yıkılsa bu tekaddüm, tarike mâil olan kısmında sahih olacağından diğer kısımda da sahih olmuş olur. (Hâniyye.)

203 — : Umuma aid bir zarar için tekaddüm vuku buldukda artık bu, bir kimse tarafından tecil, imhâl ve ibra edilemez. Çünkü bunda hukuk-ı umûmiyye vardır. Amma şahsa mahsus bir zararın def'i hususunda o şahsın imhâli, tecili ve ibrası sahihdir.

Binaenaleyh bir kimse hanesi üzerine inhidâma meyl etmiş olan bir duvardan dolayı sahibine tekaddümde bulunduktan sonra ona bir müddet mühlet verib de bu müddet henüz bitmeden duvar yıkılarak kendisinin hanesini rahnedar etse zaman talebinde bulunamaz. Nitekim o duvar sahibi bu tekaddümden ibra etdikden sonra duvar yıkıldığı takdirde de hükm böyledir.

HAYVÂNATIN YAPTIĞI CİNAYETLER :

204 — : Bir hayvanın kendiliğinden olarak, yani sahibine nisbet olunamayacak vechile vücude getirdiği zararı sahibi zâmin olmaz. Bu hâdise gerek geceleyin olsun müsavidir. Bir hadis-i şerifde: (**خَرَجَ الْجَاهِلُ**) buyurulmuştur. Yani herhangi hayvanın cerh ve itlâfı hederdir. Çünkü hayvanlar mükelef, müteaddi olmadıkları cihetle yaptıklarından mes'ul değildirler.

Bu esasa şu meseleler teferru eder :

(1) : Bir kimsenin hayvanı, onun sun'u olmaksızın başkasının ekini istihlâk etse o kimseye zaman lâzım gelmez.

(2) : Bir kimse birinin hanesine müsaadesiyle girdiğinde hanede bulunan köpeği tarafından ısırılma veya bir mal itlâf edilse o hane sahibine zaman lâzımgelmez. (Hâniyye.)

(3) : Bir kimseyi gitdiği bir mahallenin köpekleri ısırıp mutazarrır e-seler, başkası tarafından ıgra — Kışkırtma bulunmayınca kimseye zaman lâzımgelmez. (Câmiül'fusûleyn.)

(4) : Bir kimse satın alacağı bir beygirin sağrısına vurmakla beygir tepip bir zarar vücade getirse sahibine zaman lâzımgelmez. (Behce.)

(5) : Bir deve mer'ada gezerken sahibinin sun'u olmaksızın başkasının devesini basıp öldürse sahibine zaman teveccüh etmez. .

(6) : Bir kimse kendisinin arı kovalarını bir şahsın bağı kenarına koyduktan sonra o şahsın beygiri kovanların yamna gelmekle arılar tarafından ihlâk edilse o kimseye zaman lâzımgelmez. (Ali Efendi Fetavâsı.)

(7) : İki yolcunun bir hanede bağlı bulunan atlarından biri boşanı diğerini sakatlasa sahibine zaman terettüb etmez. (Ali Efendi.)

(8) : Bir kimse kedisini başkasının tavuğu üzerine atdığı halde kedi kapmayıb biraz durduktan sonra kendiliğinden atılarak tavuğu kapsa o kimse zâmin olmaz. (Câmiül'fusûleyn.)

205 — : Bir hayvan bir kimsenin malını istihlâk ederken o hayvanın sahibi bunu gördüğü halde menetmez ise zâmin olur. Çünkü bu takdirde hayvanın fi'ili sahibine nisbet olunur.

(Eimme-i Selâseye göre hayvan ile birlikte sahibi veya müsteciri veya müsteiri veya müstevdei veya gâsıbı gibi bir kimse beraber bulunursa yapaçağı itlâfdan dolayı bu kimseye zaman lâzım gelir. (Aynî).

206 — : Bir çoban, hayvanları bir ekin tarlasına ondan yiyebilecekleri derecede yaklaştırdıktan sonra hayvanlar o ekini yeseler, çoban zâmin olur.

Söyle ki : O tarla bir kerre bitmiş ekinleriyle, bir kerre de bu ekinleri bitmemiş olarak takvim olunur. İki kıymet arasındaki fark ne ise çoban onu zâmin olur ki, bu fark telef olan ekinlerin hissasını teşkil eder. (Fetavâ-i Ali Efendi.)

(Hanbelî fukahası diyorlar ki : Bir kimsenin malik olduğu veya âriyet, vedia veya icare yoluyla elinde bulundurduğu hayvanlar birisinin tarlasına veya bahçesine geceleyin girib ekinleri veya ağaçları bozsalar bakılır, eğer bunların muhafazasında tefrit göstermiş ise üzerine zaman lâzımgelir ve illâ lâzımgelmez. Meselâ: Hayvanı geceleyin ahıra kapatmamak veya çıkabileceği bir vechile kapatmak bir tefritdir. Fakat gündüzün sahiblerinin elleri altında bulunmadıkları halde hayvanların böyle bozacakları şeyleri sahibleri zâmin olmazlar. Bozacakları şeylerin civarına gerek salıverilmiş olsunlar ve gerek olmasınlar müsavidir.

Bazı zatlara göre bu hükm, hem mezraaları hem de mer'aları bulunan mahallere göredir. Mer'aları yakın bulunmayan mamur karyelerde ise hayvanları böyle başıboş bırakmak, muhafazalarında tefrit sayılacağından isfâd edecekleri şeyleri tazmin lâzımgelir. (Keşşafül'kına.)

207 — : Süsken öküz ve dalayıcı köpek gibi insanlara zararı müteyakkan bir hayvanın sahibine, mahallesi veya karyesi ahalisinden biri : «Hayvanını zabt et.» diye tekaddümde bulunmuş olduğu halde sahibi onu sağve-rib de bir kimsenin hayvanını veya diğer bir malını telef etse üzerine zaman lâzımgelir. Amma tekaddümden evvelki zararı zâmin olmaz. (Behce.)

208 — : Zararı insanlara karşı melhuz olmayıb yalnız mala münhasır bulunan bir hayvan hakkındaki tekaddüm, muteber değildir. Binaenaleyh böyle bir hayvan tekaddümden sonra da bir mala zarar verse sahibine zaman teveccüh etmez.

Meselâ : Bir kimsenin köpeği insanlara dokunmayıb yalnız üzüm yemeyi itiyad etmiş olmakla komşuları : «Köpeği zabt et, gelib bağda üzüm-lerimizi yemesin.» demiş oldukları halde o kimse köpeğini zabt etmeyib de gidib komşularının üzümlerini yese kendisine zaman lâzımgelmez. (Reddimuhtar.)

209 — : Bir kimsenin hayvanı kendisinin has veya müşterek mülkünde veya sahibininizniyle başkasının mülkünde iken ön veya arka ayağı ile veya başı veya kuyruğu ile veya diğer bir tarafı ile çarparak veya arka ayağı ile teperek veya ağzı ile ısırarak bir şahsa zarar verse bunu o kimse zâmin olmaz. Gerek râkib ve gerek kâid veya sâik olsun ve gerek olmasın müsavidir. Çünkü kendisi bunda mübâşir değildir, mütesebbib ise de bunda taaddisi yokdur. (Reddimuhtar.)

210 — : Bir hayvan boşanıb da kendiliğinden olarak birinin mülküne veya tarik-i âmme girib bir zarar yâpsa, meselâ : Birinin ekinlerini bozsa sahibi zâmin olmaz.

Fakat bir kimse bir hayvanı sahibinin izni olmaksızın başkasının mülküne girdirerek bir zarar ve ziyana sebebiyyet verse bunu zâmin olur. Bu halde o kimse râkib olsun olmasın, kâid = Yedici veya sâik = Sürücü bulunsun bulunmasın, ve hayvanın yanında bulunmuş olsun olmasın müsavidir. Çünkü bu hareketile bir mütesebbub-i müteaddi mevkiindedir.

211 — : Bir kimse tarik-i âmde hayvanına binmiş olarak giderken hayvanın kendiliğinden yaptığı taharrü'ü gayrı mümkün zarar ve ziyam zâmin olmaz.

Meselâ : Hayvanın ayağından toz ve çamur sıçrayıb da başkasının elbisesini lekelese ve yahud arka ayağıyla tepip veya kuyruğıyla çarpıp da bir zarara meydan verse zaman lâzımgelmez. Çünkü herkesin tarik-i âmde piyade olduğu gibi süvari olarak da mürûra hakkı vardır. Bu mürûr esnasında bu gibi hâdiselerden ihtiraz mümkün değildir.

Amma hayvanın müsademesinden veya ön ayağıyla veya başıyla çarpmasından veya ayağıyla bir şey üzerine basmasından veya ağzıyla ısırmasından veya ayağından büyük bir taşın sıçramasından vukua gelen zarar ve

ziyanı râkibi zâmin olur. Çünkü bunlar taharrüzü mümkün zarar ve ziyandır. Bu halde o kimse bunu mübâşeretle itlâf etmiş sayılır. Bu hâdisiye gerek kendi mülkünde ve gerek başka bir mahalde olsun müsavidir. (Behce, Mecelle.)

212 — : Tarik-i âmde kâid ile sâik de râkib gibidir. Yani bunlar da dâkibin zâmin olacağı zararları zâmin olurlar, zâmin olmayacağı zararları zâmin olmazlar.

Meselâ : Bir kimse odun yüklü hayvanını yederken bir dükkânın önüne konulmuş bir kaba ansızın çarparak kırsa kıymetini o kimse zâmin olur. Fakat başka bir kimse arkadan gelib bu hayvana çarpmakla hayvan ard ayağıyla tepip bir zarar verse bunu yediciisi zâmin olmaz. (Câmiül'füsûleyn, Ali Efendi.)

213 — : Râkib ile sâik ictima etdikde, yani bir hayvanın binicisi bulunduğu gibi aynı zamanda sürücüsü de bulunsa o hayvanın çiğneyeceği şeyi, bazı fukahaya göre yalnız mübâşir sıfatiyle binicisi zâmin olur. Yoksa mütesebbib olan sürücüsü zâmin olmaz. Diğer bazı fukahaya göre ise bunlar biliştirâk zâmin olurlar. (Reddimuhtar.)

(Hanbelî fukahasına göre bir hayvanın müteaddid râkibleri olunca bakılır. Bunlar hayvanı müştereken idare ediyorlarsa yapacağı mümkünüttaharrüz zarar ve ziyanı hepsi müştereken zâmin olurlar. Fakat bunlardan yalnız birisi idare ediyorsa zaman yalnız ona lâzım gelir. Hayvanın yanında yalnız kâid ile sâik bulunsa zamanda müşterek olurlar. Bunlardan biriyle veya her ikisiyle beraber râkib de bulunsa o da zamana iştirâk eder. (Neylül'meârib.)

214 — : Bir kimse hayvanını tarik-i âmme başı boş salıverse veya hayvanını tarik-i âmde durdursa veya bağlasa o hayvanın gerek ön ve gerek arka ayağıyla ve gerek sair suretle vukua getireceği zararı zâmin olur. Çünkü kimsenin tarik-i âmde bunu yapmaya hakkı yoktur. Şu kadar var ki izdiham veya hayvanın yolu gibi bir zaruretden dolayı tarik-i âmde hayvanı durdurulabilir. Şöyle ki: Hayvan durmaksızın bevl etmiyorsa durmasından veya durdurulmasında dolayı bir zarar yapsa zamanı lâzım gelmez.

İzdiham veya başka bir zaruret halinde de eğer geriye dönmek ve bu zaruretden kurtulmak mümkün iken durdurulsa yapacağı zararı tazmin lâzım gelir. Fakat geriye dönmek, ve bu zaruretden kurtulmak mümkün değilse bu durdurulmasından dolayı zaman lâzım gelmez. (Reddimuhtar.)

Bazı fukahaya göre hayvanın tarik-i âmde başıboş bırakılması tahsile tâbidir. Şöyle ki : Hayvanın sahibi arkasından gitmekde bulunmuş ise yapacağı zararı bilittifak zâmin olur. Fakat arkasından gitmiş bulunmayınca bakılır. Eğer orada başka yol bulunmayıp hayvan sağa sola bakmadan bir

zarar yapmış ise zamanı lâzımgelir. Amma başka yol da bulunmuş ise zaman lâzımgelmez. Nitekim tarik-i âme başıboş bırakılan bir hayvan, bir müddet tevakkuf edib de bâdehû kendiliğinden girerek bir zarar yapsa zaman lâzımgelmez. Çünkü bu tevakkuf ile salıverme fi'ili nihayet bulmuş olur. (Hâniyye, Tenvirül'ebâr.)

215 — : Hayvanların durdurulmasına mahsus yerlerde veya kırlarda geniş yolların dışarısında durdurulan hayvanların kendiliklerinden yacıkları zararlar zamana tâbi değildir, çünkü buralarda bu durdurulmak câiz görülmüştür. (Hindiyye.)

HAYVANAT HAKKINDA YAPILAN CİNAYETLER :

216 — : Bir mahalde, meselâ müşterek bir hanede hayvanlarını bağlamaya hakları olan iki kimse, hayvanlarını bu mahalde birden veya müteakiben bağladıklarında hayvanlardan biri diğerini telef etse sahibine zaman lâzımgelmez. Çünkü bunlar mütesebbib iseler de müteaddi değildirler.

217 — : Bir kimse kendi mülkünde hayvanını bağlamış olduğu halde diğer biri gelib de o kimsenin izni olmaksızın oraya kendi hayvanını bağladığı suretde mülk sahibinin hayvanı onu tepip telef etse üzerine zaman lâzımgelmez. Çünkü bu kimse ne mübâşirdir, ne de mütesebbibdir. Fakat izinsiz bağlanan hayvan, mülk sahibinin hayvanını telef etse sahibi zâmin olur. Zira bu, mütesebbibdir ve müteaddidir.

218 — : İki kimse kendilerinin hayvan bağlamaya hakları olmayan bir yerde, meselâ tarik-i âmde veya başkasının izni olmaksızın mülkünde hayvanlarını bağlayıp da evvelce bağlayanın hayvanı diğerinin hayvanını telef etse zaman lâzımgelmez. Çünkü ilk bağlayan ne mübâşirdir, ne de mütesebbib.

Amma sonra bağlayanın hayvanı evvelkinin hayvanını telef etse üzerine zaman lâzımgelir. Zira sonra bağlayan mütesebbibdir, müteaddidir. (Dürrimuhtar, Ali Efendi.)

219 — : Bir kimse başkasının eti yiyilir, bir hayvanını, meselâ koyununu boğazlasa veya elini kesse maliki muhayyer olur, dilerse bu hayvanı o kimseye bırakarak ondan tamam kıymetini alır, çünkü hayvan minvechin itlâf edilmiş demektir. Ve dilerse bu hayvanı alıkoyub bununla beraber noksan-ı kıymetini de öder. Zira bu hayvan minvechin bâkidir. (Reddimuhtar.)

220 — : Bir kimse başkasının merkeb gibi en yiyilmez bir hayvanını boğazlasa veya elini kesse mâliki İmamı Âzama göre muhayyerdir, dilerse

bu hayvanı o kimseye bırakarak kıymetinin tamamını tazmin etdirir. Çünkü bu hayvan istihlâk edilmiş demektir. Ve dilerse bu hayvanı böyle boğazlanmış veya eli kesilmiş olduğu halde alıkoyar. O kimseden bir şey istemez. Fetvâ bu vechiledir. Fakat İmam Muhammed'e göre mâliki ya bu hayvanı terk ederek kıymetinin tamamını tazmin etdirir, veya bunu alıkoyarakla beraber noksanını da alıverir. (Hâniyye, Tenvirül'ebâr.)

221 — : Bir kimse başkasının tavuk, güvercin, koyun gibi hayvanının bir gözünü çıkarsa bu sebeble zaiflemesinden dolayı âriz olan noksan-ı kıymetini zâmin olur. Velev ki bu hayvan, kesilib eti alınmak için ihzar edilmiş olsun. Şöyle ki : Bu hayvan bir kerre iki gözü sağlam bulunduğu halde, bir kerre de bir gözü çıkarılmış olduğu halde takvim edilir. İki kıymet arasındaki ne ise onu ödemek lâzım gelir.

Amma bu hayvanın iki gözünü çıkarsa sahibi muhayyerdir. Dilerse hayvanı alıkoyub kıymetinin noksanını ödetir, ve dilerse o kimseye bırakarak ondan kıymetinin tamamını alıverir.

222 — : Deve, öküz, merkeb, katır gibi yük taşımak ve çift sürmek misillî işlerde kullanılan hayvanların bir gözünü vurub çıkarmak kıymetinin dörtde birinin ödenmesini icab eder, velev ki bu hayvan celeb malı gibi et için hazırlanmış bulunsun.

Fakat böyle bir hayvanın iki gözü çıkarılsa mâliki o hayvanın cüssesini canîye bırakarak kıymetinin tamamını ödetir. Yoksa hayvanı alıkoyub da kıymetinin noksanını ödetdiremez. Çünkü bu hayvan, en büyük menfaatleri fevt olmakla tamamen telef olmuş sayılır (Hindiyîye, Reddimuhtar.)

223 — : Bir kimse başkasına aid bir hayvanın kuyruğunu veya kulağını tamamen veya kısmen kesse kıymetinin noksanını zâmin olur. Şâyed kuyruğu kesilen ve rûkûbe mahsus bulunan hayvan artık mevkii itibarıyla buna râkib olamayacak bir zata aid bulunursa kıymetinin tamamını tazmin lâzımgelir. (Vâkıât.)

224 — : Bir kimse başkasının öküzüne vurarak kaburgasını kırsa, İmamı Âzama göre yalnız kıymetinin noksanını zâmin olur.

Kezalik : Bir kimse böyle bir öküzün veya merkebin dilini kesse bazı fukahaya göre kıymetinin noksanını, bazı fukahaya göre de kıymetinin tamamını zâmin olur. (Kuhüstânî.)

225 — : Bir kimse kendi ekininden içerisine girmiş olan başkasının hayvanını çıkardığı sırada kovalasa ve taşlasa da hayvan bundan dolayı telef olsa zâmin olur. Fakat ekininden mütâd vechile çıkarıb da ondan sonra kovalamış bulunmasa zâmin olmaz.

Başkasının ekininden ayrı bir kimsenin hayvanını çıkarmakda da hüküm böyledir. (Terkih-i Hâmidî.)

(Zâhiri'lere göre bir kimse, üzerine hücum eden bir hayvanı nefsinden def'a kâdir olamadığı cihetle vurub öldürse üzerine zaman lâzım gelmez. İmam Malik ile İmam Şâfiî'nin, Ebû Süleyman'ın kavilleri de böyledir. Ha nefiyyeye göre ise bu hayvanın kıymetini sahibine vermek icab eder. Ebû Bekir Hazretleri böyle bir hayvanı kılıcıyla vurub öldüren bir kimseye bu nın kıymetini tazmin etdirmiş (بهيمة لا يعقل) buyurmuşdur. Ebû Hüreyre Hazretleri de (من اصاب العجماء غرم) = Hayvanlara taaddide bulunan kıymetlerini zâmin olur demişdir. (Elmuhallâ.)

Yirmi Beşinci Kitabın Sonu



5	(Yirmi Birinci Kitab)
5	Rehn hakkındadır.
5	Rehne ait ıstılahlar (Birinci Bölüm)
7	Rehne aid bazı meseleler
7	Rehnin rüknü
10	Rehnin inikadının ve lüzumunun şartları.
21	Rehnin hikmet-i teşriiyyesi.
22	Rehne dahil olup olmayan şeyler.
25	Rehnin fesh edilib edilmemesi.
27	Râhinin, mürtehinin veya rehnin taaddüdü.
29	Merhunun masrafları.
31	Ariyet alınıb verilen rehinler = Rehni müstear.
34	(İkinci Bölüm)
34	Rehinlere dair hükümler ve ihtilâflar hakkında.
34	Sahih rehinlerin hükümleri.
41	Fâsid ve bâtil rehinlerin hükümleri.
41	Râhin ile mürtehinin lehinde tasarrufları.
46	Yedi adlde olan rehinlerin hükümleri.
48	Merhunun satılıb satılmaması.
51	Rehinlere aid ihtilâflar.
57	(Yirmi İkinci Kitab)
57	Şirketlere aiddir.
57	Mukaddimesi: Şirketlere aid ıstılahlar.
63	(Birinci Bölüm)
65	Şirketlere müteallik meseleler.
71	Şirketi deyne ve müşterek ve gayrı müşterek deyûna aid mes.
73	Müşterek deyinlerin hükümleri.
76	Şirketi ibaheye dair meseleler.
79	Şirketi akdin mahiyeti ve taksimi.
80	Şirketi akdin her kısmına şâmil umumî şartları.
81	Şirketi emvâle mahsus şartlar.
84	Şirketi akde müteallik bazı zabıtalara.
87	Şirketi inanın şirketi emvâl kısmına aid meseleler.
93	Şirketi inanın şirketi âmâl kısmına aid meseleler.
96	Şirketi vücuha müteallik meseleler.
98	Şirketi müfavezeye müteallik meseleler.
101	Şirketi müzarebenin mahiyeti ve taksimi.
103	Şirketi müzarebenin sıhhat şartları.
104	Şirketi müzarebenin hükümleri.
109	Mâlikî'lere göre şirketlerin nevileri.

- 112 Maliki'lere göre müzarebede rebbül'mal ile âmilin haiz oldukları haklar.
- 113 Müzarebede âmilin de şu gibi haklar vardır.
- 115 Şafii'lere göre şirketler.
- 116 Şeriklerin ticaret malında ve sairede tasarrufları.
- 117 Şafii'lere göre şirketi müzarebe.
- 118 Hanbeli'lere göre şirketler.
- 119 Hanbeli'lere göre müzarebenin rüknü ve müzaribin haiz olduğu haklar.
- 120 Hanbeli'lere göre müzarebenin sıhhatı için şu gibi şartlar vardır.
- 120 Hanbeli'lere göre şirketlerde dermeyan edilen şartlar.
- 121 Zâhiri'lere göre şirketler.
- 123 (İkinci Bölüm)
- 123 Müzaraa ile müsakata dairdir.
- 123 Müzareanın mahiyeti, rüknü, hükmü ve sıfatı.
- 125 Müzareanın sıhhatına aid şartlar.
- 126 Müzareadan âkidlerin sureti istifadeleri.
- 127 Müzareanın infisahına sebep olan şeyler.
- 127 Müsakatın mahiyeti.
- 129 Maliki'lere göre müzarea.
- 139 Maliki'lere göre müsakat.
- 131 Şafii'lere göre müzarea.
- 131 Şafii'lere göre müsakat.
- 132 Hanbeli'lere göre müzareanın rüknü, hükmü, şeraiti.
- 133 Hanbel'lere göre müsakat.
- 134 Zahiri'lere göre müzarea.
- 136 Zahiri'lere göre mügarese == Müsakat.
- 137 (Üçüncü Bölüm).
- 137 Müşterek şeylerin taksimine, muhayeye ve müşterek malların tamirine ve sair masraflara aiddir.
- 137 Kismetin tarifi, sebebi, mahasini ve meşruuiyeti.
- 138 Kismetin rüknüne ve keyfiyetine aid meseleler.
- 139 Kismetin şartları.
- 140 Kismetin nevileri.
- 145 Kismeti cem'e dair meseleler.
- 146 Kismeti tefrika dair meseleler.
- 148 Kismetin hükümleri.
- 152 Kismetlerde cari muhayyerlikler.

- 154 Kismetlerin fesh ve ikalesi.
- 155 Muhayee = Menfaatlerin taksimine aid meseleler.
- 156 Muhayeenin ifraz ve mübadele mahiyetinde olması.
- 159 Muhayeenin sureti ifası ve feshi.
- 160 Müşterek malların tamiratına ve sair masraflarına aid mes.
- 163 Müştere! ve gayri müşterek ırmakların ıslahına dair mes.
- 166 Maliki'lere göre kismet.
- 168 Şafii'lere göre kismet.
- 169 Hanbeli'lere göre kismet.
- 171 Zâhir'lere göre kismet.
- 172 Lâhka : Kur'a hakkındadır.
- 174 (Dördüncü Bölüm)
- 174 Mülkiyyet ve tasarruf haklarına ve ihyai mevat ile istiyada aid kaideler meselelere dairdir.
- 174 Mülkiyyet hükümlerine dair bazı kaideler.
- 180 Yollara aid meseleler.
- 182 Hakk-ı mürura ve hakk-ı mecra ve mesile aid bazı meseleler.
- 185 Mübah olan şeylerin keyfiyeti istimlâki.
- 186 Mübah olan şeylerin umumî hükümleri.
- 187 Hakk-ı şirbe ve hakk-ı şefeye müteallik meseleler.
- 188 Şafii'lere göre müşterek ayan ve menafi.
- 190 İhya-i mevata müteallik meseleler.
- 192 Arazii mevatda kazılan kuyuların ve akıtılan suların ve diki-
len ağaçların harimleri.
- 194 Maliki'lere göre ihya-i mevat.
- 195 Şafii'lere göre ihya-i mevat.
- 196 Hanbeli'lere göre ihya-i mevat.
- 196 Zahir'i'lere göre ihya-i mevat.
- 197 Sayd ve istiyada dair hükümler.
- 200 Yenilmeleri helâl olup olmayan av hayvanları.
- 202 Maliki'lere göre sayd ve ıstıyad.
- 204 Şafii'lere göre sayd ve ıstıyad.
- 205 Hanbeli'lere göre sayd ve ıstıyad.
- 206 Zahir'i'lere göre say ve ıstıyad.
- 207 Başlıca me hazlar..
- 208 (Yirmi Üçüncü Kitab)
- 208 Mefkudlara, lâkitlere, lukatalara müteallik mesâil.
- 208 (Mukaddime).
- 208 Mefkudlara, lakıta ve lukataya müteallik ıstılahlar.
- 210 (Birinci Bölüm)

- 210 Mefkudlara dair mesâil muhtevîdir.
- 210 Mefkudun mahiyyeti ve hukukî vaz'iyyeti.
- 214 Hâkimin mefkud üzerindeki velâyeti ve hakkında bazı tasarrufları.
- 215 Mefkud için kayyım nasb edilmesi ve kayyimin yapıp yapamayacağı işler.
- 217 Mefkudun malından kimlere nafaka verilebileceği.
- 219 Mefkudun vefatına hükm edilmesi ve bunun hukuki neticeleri.
- 221 Mâlikî'lere göre mefkud.
- 222 Şâfiî'lere göre mefkud.
- 223 Hanbelî'lere göre mefkud.
- 225 Bir mülâhaza: Mefkudların vefatlarına hükm edilecek tarihler.
- 228 (İkinci Bölüm)
- 228 Lakıtlara aid meseleleri havîdir.
- 228 Lakıtın mahiyyeti ve iltikatın sıhhat ve adem-i sıhhati.
- 230 Lakıtlara müteallik hükmler.
- 234 Lakıtların hürriyet itibariyle vaz'iyetleri.
- 236 Lakıtların islâmiyyet itibariyle vaz'iyetleri.
- 237 Lakıtların neseb itibariyle vaz'iyetleri.
- 242 (Üçüncü Bölüm)
- 242 Lukatalara müteallik meseleleri muhtevîdir.
- 242 Lukataların mahiyyeti ve nevileri.
- 244 Lukataların ahkâmı.
- 247 Lukatalar hakkında ishad ve tarif.
- 251 Lukataların beytül'mâle, hâkime tevdi.
- 252 Lukataların muhafazalarına, nafakalarına aid masraflar.
- 254 Sahibleri zuhur eden lukatalar.
- 258 Sahibleri zuhur etmeyen lukatalar.
- 259 Çocukların, rakiklerin, gayr-ı müslimlerin iltikat edeceği lukatalar.
- 261 Lukatalara aid bazı iddialar, beyyineler.
- 262 Lukata mesabesinde olub olmayan bazı şeyler.
- 267 (Yirmi Dördüncü Kitab)
- 267 Hacr ile izne ve ikraha dair.
- 267 (Mukaddime).
- 267 Hacre, izne, ikraha aid ıstılahlar.
- 271 (Birinci Bölüm)
- 271 Hacre ve izne müteallik meseleleri muhtevîdir.

- 271 Hacrın sebebi ve mehcurların aksamı.
- 280 Çocuklara, mecnunlara, matuhlara aid izne müteallik mes.
- 292 Hacr edilen sefihlere aid meseleler.
- 295 Hacr edilen medyûnlara ve müflislere aid meseleler.
- 304 Medyûnların haps edilib edilememesi.
- 310 Maraz-i mevtin mahiyyeti ve şeraiti.
- 313 Maraz-i mevt halindeki tasarrufların hükmleri.
- 317 Hacrın hikmeti ser'iyyesi.
- 319 (İkinci Bölüm)
- 319 İkraha müteallik meseleleri havîdir.
- 319 İkrahın tahakkukuna aid şartlar.
- 320 İkrahın nevileri.
- 323 İkrahın hükmleri.
- 327 (Yirmi Beşinci Kitab)
- 327 Gasba ve itlâfa dair hükmleri havîdir.
- 327 (Mukaddime)
- 327 Gasb ve itlâfa müteallik bazı ıstılahlar.
- 330 (Birinci Bölüm)
- 330 Gasba dairdir.
- 330 Gasbın rûknleri.
- 331 Gasbın şartları.
- 333 Gasbın hükmleri.
- 336 Akarlarda gasb cari olup olmadığı.
- 343 Gasb edilen malın zevâidi mazmun mudur?
- 346 Magsubun menafii mazmun mudur?
- 351 Gasibül'gâsıbın hükmü.
- 353 Gasb edilen şeylerin red ve istirdadı.
- 358 Gasb edilen şeylerin misilleri veya kıymetleriyle tazmini.
- 362 Magsubun tağvir ve tegayyürüne müteallik hükmler.
- 369 Gasb sayılıb sayılmayan bazı hâller.
- 371 Gasba dair dâvâlar ve beyyineler.
- 376 (İkinci Bölüm)
- 376 İtlâfa dairdir.
- 376 Mübâşeretden itlâfa dair hükmler.
- 382 Tesebbübden itlâfa dair hükmler.
- 386 Umumî ve hususî yollarla ihdâs edilen şeyler.
- 389 Hayvanatın yaptığı cinayetler.
- 393 Hayvanat hakkında yapılan cinayetler.